Das Selbstkontrahieren des Stellvertreters nach dem gemeinen und bürgerlichen Recht

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung der Würde eines Doktors der Rechte
der
Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der
Georg-August-Universität
zu
Göttingen

—

Vorgelegt von

Erich Bernhard Cohen

Referendar

Druck von Londner's Buchdruckerei in Hannover

1926

Gutachter: Geheimer Justizrat Professor Dr. Paul Oertmann

Tag der mündlichen Prüfung: 1. Mai 1926

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

LEBENSLAUF

Ich, **Erich Bernhard Cohen**, Sohn des Kaufmanns Oskar Cohen in Hannover, wurde am 11. Juli 1901 in Hannover geboren. / Ostern 1908 wurde ich in die Vorschule des Goethe-Gymnasiums zu Hannover aufgenommen und bestand 1920 an demselben Gymnasium das Abiturienten-Examen. / Von Michaelis 1920 bis Michaelis 1921 war ich an der Universität Heidelberg in der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät immatrikuliert. / Das Winter-Semester 1921/22 verbrachte ich an der Universität Frankfurt a. M. und war dann von Ostern 1922 bis Ostern 1924 an der Universität Göttingen immatrikuliert. / Am 1. August 1924 bestand ich das Referendar-Examen am Oberlandesgericht Celle und bin seit dem 22. August 1924 als Gerichts-Referendar in Hannover angestellt.

Meinen lieben Eltern in Dankbarkeit gewidmet

EINTEILUNG

I. Kapitel. Die Bedeutung des Wortes »Selbstkontrahieren«.

II. Kapitel. Was heißt Stellvertreter sein?

Die Theorien der Stellvertretung:

Vertreter nur Werkzeug des Vertretenen = Bote (Savigny).

Zusammenwirken zwischen Vertreter und Vertretenem (Mitteis).

Vertreter ist der einzig und allein Handelnde (Repräsentationstheorie).

Wie tritt die Wirkung des durch den Vertreter abgeschlossenen Geschäfts für und gegen den Vertretenen ein?

Die Zulässigkeit der Stellvertretung:

Im römischen Recht

Im gemeinen und modernen Recht.

III. Kapitel. Die Stellung der einzelnen positiven Rechte zum Selbstkontrahieren.

Das römische Recht.

Das gemeine Recht.

Das BGB.

IV. Kapitel. § 181 gestattet das Selbstkontrahieren:

Bei ausdrücklicher Gestattung.

Soweit es lediglich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht.

V. Kapitel. Wirkungen eines Verstoßes gegen das Verbot des § 181.

Archiv für die zivilistische Praxis.

Bartolus

Bechmann — Der Kauf II. 1884.

Böhm — Das sogenannte Selbstkontrahieren des Vertreters. 1903.

Cohen — Das sogenannte Selbstkontrahieren des Vertreters. 1901.

Corpus Juris Civilis.

Crome — System des deutschen bürgerlichen Rechts. 1900.

Dernburg — Das bürgerliche Recht. 1902.

Dernburg — Preußisches Vormundschaftsrecht. 1886.

Dopatka — Das Selbstkontrahieren des Stellvertreters. 1909.

Dreist — Das Selbstkontrahieren des Stellvertreters. 1904.

Enneccerus — Das bürgerliche Recht. Band I.

Flender — Das Selbstkontrahieren des Stellvertreters. 1913.

Friedländer — Das Selbstkontrahieren des Stellvertreters. 1905.

Hahn — Beitrag zur Lehre vom Kommissionsgeschäft, in ZHR. Band 29.

Hellmann — Die Stellvertretung in Rechtsgeschäften. 1882.

Hupka — Die Vollmacht. 1900.

Institutiones Gai.

Jaeger — Kommentar zur Konkursordnung. 1913.

Ihering — Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte, in seinen Jahrbüchern. Band I und II.

v. Koerber — Das Selbstkontrahieren des Stellvertreters. 1907.

Kommentar der Reichsgerichtsräte. 1923.

Laband — Zum II. Buch des Entwurfes eines BGB. Arch. Ziv. Pr. Band 73.

Lepa	Selbsteintritt des Kommissionärs. 1883.
Matthias	BGB. Band I. 1899.
Meißels	Besprechung von: Das Selbstkontrahieren des Stellvertreters von Rümelin, in Grünhuts Z. Band 18.
Motive zum I. Entwurf des BGB. 1888.	
Mitteis	Die Lehre von der Stellvertretung nach römischem Recht. 1885.
Müller-Erzbach	Grundsätze der direkten Stellvertretung, in Iherings Jahrbücher. Band 53.
Mugdan	Materialien zum BGB.
Muskat	Der Vertrag des Stellvertreters mit sich selbst, in ZHR. Band 33.
Neumann	Handausgabe des BGB. 1900.
Oertmann	Kommentar zum BGB. 1908.
Plank	Kommentar zum BGB. 1906.
Protokolle der Kommission für die II. Lesung des Entwurfs des BGB. 1897.	
Regelsberger	Pandekten. 1893.
Roemer	Das Rechtsgeschäft des Stellvertreters mit sich selbst. ZHR. Band 19.
Rümelin	Das Selbstkontrahieren des Stellvertreters nach gemeinem Recht. 1888.
Ruhstrat	Jahrbuch für Dogmatik. Band 27.
v. Savigny	Das Obligationenrecht. 1851—53.
Salmann	Duplex persona im Handelsrecht. ZHR. Band 41.
Samson	Das sogenannte Selbstkontrahieren. 1901.
Scheurl	Stellvertretung insbesondere bei Begründung von Obligationen.
Schloßmann	Die Lehre von der Stellvertretung. Band I und II. 1900 und 1902, in Iherings Jahrbücher. Band 44.
Schmidt	Das Selbstkontrahieren des Stellvertreters. 1904.
Siebert	Das Selbstkontrahieren des Stellvertreters. 1896.
Sprinz	Das Selbstkontrahieren des Stellvertreters. 1907.
Staub	Kommentar zum Handelsgesetzbuch.
v. Staudinger	Kommentar zum BGB.

Urban	Das Selbstkontrahieren des Stellvertreters im BGB. 1907–1908.
Viefhaus	Das sogenannte Selbstkontrahieren des Stellvertreters. 1895.
Windscheid-Kipp	Lehrbuch des Pandektenrechts. 1900–01.
Wahnschaff	Das Selbstkontrahieren des Stellvertreters. 1907.

Zeitschrift für Handelsrecht.

Rechtsprechung der Oberlandesgerichte.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Die Bedeutung des Wortes »Selbstkontrahieren«.

Geht man der Bedeutung des Ausdruckes »Selbstkontrahieren« nach, so bedeutet er wörtlich ins Deutsche übertragen: »Mit sich selbst einen Vertrag schließen«. Doch darf man diesem in der Rechtssprache so oft angewandten Wort keine zu enge Begrenzung geben. Denn schon das römische Recht verstand unter »contrahere« nicht nur das Eingehen eines wirklichen Vertrages[1]), sondern ordnete diesem Begriff auch Rechtsgeschäfte unter, die keine Kontrakte sind, wie z. B. Leistung eines indebitum. Gerade die Leistung eines indebitum wurde im römischen Recht mit dem Ausdruck »contrahere« bezeichnet[2]), obwohl ihm an anderer Stelle[3]) der eigentliche Vertragscharakter abgesprochen wird. Hieraus ist die Folgerung zu ziehen, daß nicht nur die wirklichen Kontrakte, sondern auch u. a. die einseitigen empfangsbedürftigen Willenserklärungen mit in den Begriff »Kontrahieren« einzubeziehen sind. Diese extensive Interpretation werden auch wir den im folgenden anzustellenden Untersuchungen über das Selbstkontrahieren zugrunde legen müssen. Wahnschaff[4]) macht den nicht ohne weiteres zu verwerfenden Vorschlag wegen der Doppeldeutigkeit des Ausdruckes »Selbstkontrahieren«, das Wort »Selbstabschluß« zu setzen, da die Benennung Selbstkontrahieren bei der Vornahme einseitiger Rechtsgeschäfte geradezu als falsch zu bezeichnen ist. Hier würde eher, wie er sagt, das Wort »Selbstabschluß« am Platze sein, da es erstens dazu dienen würde, Irrtümer zu vermeiden, zugleich aber auch an die eigenartige Natur der Rechtshandlung des Vertreters erinnerte.

Zwei Theorien streiten sich um den Vorrang, welche von ihnen für die juristische Konstruktion und das materielle Wesen des Rechtsinstitutes des Selbstkontrahierens die richtige

---

[1]) Gai II. §§ 81 ff. Obligationem contrahere.

[2]) 1. 66 D. de solut. et llberat. 46,3. Si pupilli debitor iubente eo sine tutoris auctoritate pecuniam creditori eius numeravit . . . . si autem debitor pupillo condicere potest, qui sine tutoris auctoritate non obligatur, nec creditori, cum quo alterius iussu contraxit.

[3]) 1. 5 D. de oblig. et action. 44,7. Is quoque, qui non debitum accipit per ehorem solventis, obligatur quidem quasi ex mutui datione et eadem actione tenetur, qua debitores creditoribus, sed non potest intellegi isqui ex ea causa tenetur, ex contractu obligatus esse.

[4]) a. a. O. S. 6.

Erklärung gibt. Die eine Theorie, deren Vertreter Roemer, Hahn, Dernburg, Meißels[5]) sind, erklärt das Selbstkontrahieren als einen wirklichen Vertrag bzw. ein wirkliches einseitiges Rechtsgeschäft, während die zweite Theorie, die von Rümelin[6]) begründet und von Regelsberger, Brinz, Endemann[7]) weiter verfochten wird, in dem Selbstkontrahieren nur eine einseitige, nicht empfangsbedürftige Willenserklärung erblickt, der jedoch vom Gesetzgeber die Wirkungen eines Vertrages bzw. einer einseitigen empfangsbedürftigen Willenserklärung beigelegt werden kann, was, wie wir später sehen werden, auch in unserem modernen Recht geschehen ist.

Die erste dieser beiden Theorien findet bei dem Akt des Selbstkontrahierens nichts Besonderes für eine Rechtsordnung, die die direkte Stellvertretung anerkennt. Doch ist hierfür nach Urban[8]) Voraussetzung, daß man mit Savigny annimmt, daß der direkte Stellvertreter bei jedem von ihm für den Vertretenen vorgenommenen Rechtsgeschäft den Willen des letzteren erklärt, da nur dann, wenn der direkte Vertreter auch beim Selbstkontrahieren den Willen seines Auftraggebers und zugleich auch seinen eigenen äußert, den für den Vertrag wesentlichen Erfordernissen — Einigung zweier Willen — Genüge getan ist. Die zweite Theorie sagt: Wenn man von der richtigen Konstruktion der direkten Stellvertretung — der heute vorherrschenden Repräsentationstheorie — ausgeht, so kann beim Selbstkontrahieren von wirklichem Vertragsschluß nicht die Rede sein, da nach ihr der Vertreter nur seinen eigenen Willen erklärt und nur in fremdem Namen handelt. Sie gelangt daher zu dem Ergebnis, daß die von ihr vertretene und von uns oben angeführte Meinung als einzig annehmbare Konstruktion des Selbstkontrahierens in Frage kommt. Will man sich nun zu beiden Theorien äußern, und sich einer von ihnen anschließen, so wird man zunächst auf das Wesen der Stellvertretung und ihre Theorien eingehen müssen. Denn, wie schon im Vorhergehenden kurz angedeutet wurde, rühren die hauptsächlichsten Unterschiede in den Auffassungen bezüglich des Selbstkontrahierens daher, daß jede Theorie von einer anderen Konstruktion der Stellvertretung ausgeht.

---

[5]) Roemer, ZHR. Bd. 19, S. 67; Hahn, ZHR. 29,2; Dernburg, Preuß. VormundschR. S. 216; Meißels in GrünhutsZ. Bd. 18, S. 520.

[6]) Rümelin, a. a. O. S. 18.

[7]) Regelsberger, Pand. 1893; Brinz, Pand. Bd. IV, S. 296; Endemann, Bd. I, S. 400.

[8]) a. a. O.

Was heißt Stellvertreter sein?

Stellvertreter ist, wer eine Willenserklärung, deren unmittelbare Wirkung einen anderen treffen soll, für diesen abgibt oder empfängt (aktive oder passive Stellvertretung). Diese Vertretungsmacht kann beruhen auf einer Rechtsregel oder öffentlichen Anordnung[9]), auf der Verfassung einer juristischen Person[10]) oder auf Rechtsgeschäft[11]) (Vollmacht). Das heutige Recht macht weiter den Unterschied zwischen unmittelbarer oder direkter und mittelbarer oder indirekter Stellvertretung. Die gemeinrechtliche Wissenschaft unterschied ferner Stellvertretung im eigentlichen Sinne und Gehilfenschaft[12]).

Bei der heutigen sogenannten direkten Stellvertretung schließt der Vertreter im Namen und Interesse des Vertretenen ein Geschäft ab und gibt dies dem Gegenkontrahenten zu erkennen; während der indirekte Stellvertreter zwar auch im fremden Interesse, d. h. des Vertretenen, jedoch im eigenen Namen kontrahiert, sodaß der Dritte ihn für den eigentlichen Kontrahenten halten muß. Wir haben es hier in Wirklichkeit nicht nur mit einem einzigen Rechtsgeschäft zu tun, sondern es ist neben dem Kontrahieren zwischen der einen Vertragspartei und dem Vertreter, — dem sogenannten externen Rechtsgeschäfr — noch ein internes zwischen Vertreter und Vertretenem nötig, um die Wirkung des abgeschlossenen Vertrages für und gegen den Vertretenen zu richten. Dieses interne Rechtsgeschäft wird als so selbstverständlich angesehen, daß es im allgemeinen keine besondere Erwähnung findet. Die Verpflichtung zu einem derartigen Rechtsgeschäft, z. B. Abtretung der Regreßansprüche des Kommissionärs an den Kommittenten, ergibt sich aus dem zugrunde liegenden Vertrage zwischen Vertreter und Vertretenem, z. B. Auftrag.

Merkwürdigerweise findet das Institut der indirekten Stellvertretung im BGB. keinerlei Erwähnung und Regelung. Trotzdem wird es im deutschen Recht verwendet. Das HGB.

[9]) Pfleger, BGB. 1909, 1915; Konkursverwalter KO. § 6.
[10]) Vorstand einer A.-G.
[11]) Prokurist.
[12]) Jhering, a. a. O. 1, S. 274; Regelsberger, a. a. O. S. 589.

macht von dieser Vertretungsart beim Institut des Kommissionärs Gebrauch, indem es in § 383 sagt:

> »Kommissionär ist, wer es gewerbsmäßig übernimmt, Waren oder Wertpapiere für Rechnung eines anderen im eigenen Namen zu kaufen oder zu verkaufen«.

Streit herrscht darüber, ob bei der direkten Stellvertretung der Vertreter aus eigener Initiative heraus handelnd anzusehen ist, oder ob er nur als Werkzeug des Vertretenen zu betrachten ist, oder ob beide Personen zusammenwirken und so den Erfolg gemeinsam herbeiführen.

Savigny. Dernburg, Hellmann, Scheurl und Ruhstrat[13]) vertreten den Standpunkt der Savignyschen Theorie. Savigny[14]) sagt, daß der Vertretene der allein Handelnde bei Geschäftsabschluß und der Vertreter nur das Werkzeug seines Auftraggebers sei. Nach dieser Theorie ist der Vertreter nur Träger einer fremden Willenserklärung. Savigny kennt daher auch nicht den Unterschied, den unser heutiges Recht zwischen Vertreter und Boten macht. Er geht sogar so weit, den Vorschlag zu machen, den Vertreter überhaupt immer als Boten zu bezeichnen. Er begründet seine Ansicht folgendermaßen: »Mag der Vertreter auch noch so viel Bewegungsfreiheit haben und beliebig seine Entscheidungen treffen können; letzten Endes ist es doch immer der auf mannigfaltige Entschlüsse gerichtete Wille des Vertretenen, auf Grund dessen der Vertreter sich entscheidet.« Sprinz[15]) bezeichnet diese Ansicht Savignys, die zur Verneinung der Differenzierung zwischen Boten und Vertreter führt, als abwegig und nennt diesen Irrtum einen auf psychologischem Gebiet liegenden. Denn es ist falsch, daß der Vertreter, auch wenn er sehr freien Spielraum für sein Urteil und seinen Willen hat, stets nur den auf mannigfaltige Entschlüsse gerichteten Willen des Vertretenen äußern könne. Da nun Sprinz Entschluß gleich Wille setzt, der sich als Resultat aus verschiedenen inneren Erwägungen ergibt, so wäre also ein derartiger Wille mit diesen verschiedenen Willen nach ihm gleichbedeutend; da aber der einzelne nur einen Willen entwickeln kann, so setzt Savignys Ansicht etwas begrifflich Unmögliches voraus. In Wirklichkeit verhält es sich aber so: der Vertreter ist beim Geschäftsabschluß derjenige, der einen Entschluß faßt und dann dem Gegenkontrahenten seinen Willen mitteilt, während der Vertretene ihm höchstens seine Erwägungen angibt, die aber weder einen auf mannigfaltige Entschlüsse gerichteten Willen, noch viel weniger mehrere Willen darstellen, im übrigen aber dem Vertreter den endgültigen Entschluß überläßt.

---

[13]) Dernburg, a. a. O. Bd. I; Hellmann, a. a. O. S. 145; Scheurl, a. a. O. Bd. II S. 19; Ruhstrat, a. a. O.
[14]) Bd. II S. 59 ff.
[15]) a. a. O. S. 9.

Z. B. dem X wird von A eine Offerte gemacht, die ihm außerordentlich günstig erscheint. Da er aber nicht weiß, ob in seinem Betriebe noch genügend Vorrat von der angebotenen Ware vorhanden ist, teilt er seinem Lagerhalter das günstige Angebot mit, und beauftragt ihn, nach freiem Ermessen dem Offerenten Antwort zu geben. Hier hängt der eigentliche Entschluß-Wille einzig und allein von dem Vertreter ab.

Der Bote dagegen faßt niemals selbständig einen Willensentschluß, sondern ist nur Organ seines Auftraggebers. Der Herr übermittelt gleichsam wie durch ein Sprachrohr seinen Willen durch den Boten an den Gegenkontrahenten. Im oben angeführten Beispiele würde der A zu dem X seinen Diener schicken mit der Bestellung, daß er die Offerte annehme bzw. ablehne.

Mitteis. Eine zweite Theorie, von Mitteis und Crome[16]) vertreten, behauptet, ein Zusammenwirken des Vertreters und Vertretenen. Mitteis sagt, wenn man weder den Vertreter als allein Handelnden betrachten will, noch auf den Willen des Vertretenen alles Schwergewicht legt, so bleibt nur die Auffassung als möglich übrig, daß nicht der Vertreter allein, und ebensowenig der Vertretene allein und ausschließlich, juristisch handelt, sondern, daß stets beide juristisch wahrhaft in Aktion treten, und so auch beide Erzeuger des Rechtsgeschäfts sind. An dieser Theorie ist zu beanstanden, daß sie eine Teilung des Willensentschlusses fingiert, während einen Entschluß begrifflich doch nur einer gefaßt haben kann. Auch diese Lehre lehnt die begriffliche Scheidung zwischen Boten und Vertreter im allgemeinen ab und behauptet, man könnte nur an Hand des einzelnen Falles entscheiden, was vorliege.

Die Repräsentationstheorie. Die im heutigen Recht herrschende und auch schon im gemeinen Recht anerkannte sogenannte Repräsentationstheorie, die im völligen Gegensatz zu den bisher erwähnten Theorien steht, sagt, daß der Vertreter der einzig und allein Handelnde sei. Zwar setzt sich das geltende Recht nicht mit den einzelnen Stellvertretungstheorien auseinander, indem es die eine ablehnt, die andere anerkennt; doch regelt das BGB. die direkte Stellvertretung nach den Grundsätzen der oben erwähnten Repräsentationstheorie, indem es gemäß § 166 für Willensmängel im allgemeinen nicht die Person des Vertretenen, sondern die des Vertreters maßgebend sein läßt. In den Motiven wird dieser Auffassung folgende Formulierung gegeben: »Das Geschäft ist ein Geschäft des

[16]) Mitteis, a. a. O. S. 109; Crome, a. a. O. S. 455.

Vertreters; aber es wird dem Vertretenen so zugerechnet, als wenn es von ihm vorgenommen wäre«[17]). Dieselbe Auffassung wird vom französischen[18]) sowie vom österreichischen[19]) Recht vertreten. Man muß zur Anerkennung dieser Theorie als der einzig praktisch verwertbaren kommen, da sie allein imstande ist, wie Oertmann sagt, die Fälle der gewillkürten und gesetzlichen Vertretung einheitlich zu erklären; insbesondere, da bei der gesetzlichen Stellvertretung von einer Mitwirkung des Vertretenen keine Rede sein kann. Unwillkürlich drängt sich weiter die Frage auf, wie es zu erklären ist, daß die Wirkung des vom Vertreter abgeschlossenen Rechtsgeschäfts für und gegen den Vertretenen eintritt.

Wie tritt die Wirkung des durch den Vertreter abgeschlossenen Geschäftes für und gegen den Vertretenen ein?

Hier besteht ganz offensichtlich eine Lücke. Windscheid[20]) füllt diese mit der Fiktion aus, daß die Willenserklärung des Vertreters rechtlich als solche des Vertretenen gedacht fingiert wird. Nach anderer Ansicht, so besonders Hellmann[21]), ist das Geschäft so anzusehen, als sei es vom Vertretenen selbst abgeschlossen, indem er in die Stelle des Vertreters juristisch hineingedacht wird.

In der heutigen Wissenschaft und Judikatur sind zwar Fiktionen weder erforderlich noch erwünscht. Dennoch tritt die Wirkung der Tätigkeit des Vertreters für und gegen den Vertretenen heute kraft einer Fiktion ein, die entweder durch Gesetz (§§ 1909 ff.) oder durch ein rechtsgeschäftliches Wollen (Vollmacht) hervorgerufen wird. Mitteis[22]) bezeichnet gerade diese durch die Rechtsordnung positiv gewährte Erweiterung der Fähigkeit, Rechtsgeschäfte durch die Willensentschließung und Erklärung anderer Personen abzuschließen, als die Grundlage der Vertretung.

---

[17]) Mot. zum BGB. Bd. 1 S. 226.

[18]) Code civil: art. 1997: Le mandataire qui a donné à la partie avec laquelle il contracte en cette qualité une suffisante connaissance de ces pouvoirs n'est tenu d'auçune, garantie pour ce qui a été fait au dela, s'il ne s'y est personellement soumis.

[19]) Allg. BGB. für Oesterreich § 1817: Insofern der Gewalthaber nach dem Inhalt der Vollmacht den Gewaltgeber vorstellt, kann er ihm Rechte erwerben und Verbindlichkeiten auferlegen. Hat er also innerhalb der Grenzen der offenen Vollmacht mit einem Dritten einen Vertrag geschlossen, so kommen die dadurch gegründeten Rechte und Verbindlichkeiten dem Gewaltgeber und dem Dritten, nicht aber dem Gewalthaber zu.

[20]) Bd. II § 313.

[21]) a. a. O. S. 144 ff.

[22]) a. a. O. S. 29.

Im römischen Recht. Dem älteren römischen Recht war die Stellvertretung fast gänzlich unbekannt, und nur ganz ausnahmsweise finden wir Institutionen, die unserer heutigen Stellvertretung gleichen. So waren z. B. die noch in der patria potestas stehenden Kinder, sowie die Sklaven, fähig, Rechtsgeschäfte für den pater familiae abzuschließen, aber lediglich solche, die ihn bereicherten[23]). Dies ist jedenfalls bis heute die herrschende Ansicht. Anderer Meinung ist von jeher Schloßmann[24]), der jede Anerkennung der Stellvertretung im römischen Recht verneint, und im Gegensatz zu ihm Hellmann[25]), der zu beweisen versucht, daß den Römern das Institut der Stellvertretung bei allen Rechtshandlungen bekannt gewesen ist.

Erst das spätere römische Recht, das sich immer mehr dem sich über die ganze Welt entwickelnden Verkehr anpassen mußte, ließ die Stellvertretung aus praktischen Gesichtspunkten heraus allgemein auf dem Gebiete des Handels zu. Doch kommt nur die indirekte Stellvertretung in Frage, bei der sich der Handelnde dem Mitkontrahenten gegenüber persönlich berechtigte und verpflichtete. Das Ergebnis des Geschäftes mußte durch ein neues Geschäft zwischen Vertreter und Vertretenem auf den Geschäftsherrn übergeleitet werden[26]).

In Deutschland nahm seit dem Ende des Mittelalters der Gedanke der Stellvertretung einen immer weiteren Raum ein; doch war es hier vor allem die direkte Stellvertretung — im Gegensatz zu der künstlich konstruierten indirekten Stellvertretung des römischen Rechts. — Veranlassung zu dieser Entwicklung der allgemeinen Anerkennung der Stellvertretung ist das kanonische Recht gewesen, daß diesen Grundsatz der allgemeinen Zulässigkeit von vornherein vertrat[27]).

In den modernen Kodifikationen ist die Stellvertretung grundsätzlich bei allen Rechtsgeschäften zulässig mit Ausnahme der höchstpersönlichen, die das Gesetz mit dem Wort »persönlich« besonders gekennzeichnet hat (Testamentserrichtung § 2064; Eheschließung § 1317). Das heutige Recht erkennt, wie schon oben erwähnt, sowohl die direkte wie indirekte Stellvertretung an. Während das BGB. nur die direkte Stellvertretung regelt, behandelt das HGB. auch die

---

[23]) Savigny, Bd. II S. 22.
[24]) Schloßmann, a. a. O.
[25]) Hellmann, a. a. O. S. 145.
[26]) actio exercitoria, D. XIV, 3 Paulns II, 6.
„ institoria, D. XIV, 1 „ II, 6.
„ de peculio, D. XV, 1, 2 Cod. Theod. 11, 32.
„ tributoria, D. XIV, 4.
„ quod iussu, D. XV, 4 Cod. II, 31.
„ in rem verso, D. XV, 3 Paulus II, 9.
[27]) Dernburg § 117.

indirekte Stellvertretung. Diese Art der Stellvertretung finden wir bei Betrachtungen des Verhältnisses zwischen Kommissionär und Kommittenten. Obwohl das HGB. das Verhältnis des Kommittenten bzw. Kommissionärs, der als Vertreter des Kommittenten handelt, zum Gegenkontrahenten zu regeln versucht, so bestehen in der heutigen Literatur und Praxis große Differenzen, wer bei Abschluß eines Kommissionsgeschäftes der eigentlich Verpflichtete ist: der Vertretene oder der Vertreter. Aus HGB. § 392 geht klar hervor, daß die von Jhering[28]) vertretene Ansicht, es handele sich bei dieser Art von Stellvertretung um zwei verschiedene Rechtsgeschäfte, um den gewünschten Erfolg herbeizuführen, gerechtfertigt ist. Denn § 392 Abs. 1 sagt: »Forderungen aus einem Geschäft, das der Kommissionär abgeschlossen hat, kann der Kommittent dem Schuldner gegenüber erst nach der Abtretung geltend machen.« Abs. 2 muß sogar mit einer Fiktion arbeiten, um die indirekte Stellvertretung überhaupt praktisch verwertbar erscheinen zu lassen. Es ergibt sich also hieraus klar, daß nach Abschluß des externen Rechtsgeschäftes, noch ein internes, z. B. Zession, zwischen Kommissionär und Kommittent hinzukommen muß, um die beiden, zwischen denen das Geschäft wirksam sein soll, gegenseitig zu berechtigen und zu verpflichten.

Ebenso ist auch von jeher die herrschende Ansicht in Theorie und Praxis[29]), wenn man auch diese Regelung für das praktische Leben als zu weitläufig bezeichnen muß. Daher hat Müller-Erzbach[30]) in seinen Grundsätzen der direkten Stellvertretung, entgegen der herrschenden Meinung und dem geltenden Recht, aber unter Berücksichtigung des wirklichen Rechtslebens und unter Beobachtung aller wirtschaftspolitischen Momente ein »ideales Recht« der mittelbaren Stellvertretung zu entwickeln versucht, auf Grund dessen ohne internes Rechtsgeschäft sofort eine Verpflichtung zwischen Kontrahenten und Kommittenten aus dem Geschäft eintritt, das der Kontrahent mit dem Kommissionär abgeschlossen hat. Mag auch Enneccerus die Ergebnisse nicht billigen und sie als keineswegs der Interessenlage und Billigkeit entsprechend bezeichnen, so ist es doch ein unbestreitbares Verdienst Müller-Erzbachs, diese Frage aufgerollt und zur Diskussion gestellt zu haben.

---

[28]) Bd. 1 S. 274.

[29]) RG. 58, 276; Enneccerus I S. 452; Planck Bd. I, Vorb. zu III, Tit. V, Bem. 3; Staudinger, Bd. 1 S. 467 Bem. 8.

[30]) a. a O. Bd. 53 S. 344.

Die Stellung der einzelnen positiven Rechte zum Selbstkontrahieren.

Wir wenden uns jetzt dem eigentlichen Selbstkontrahieren zu und haben hier zwei Fälle zu unterscheiden:

1.) Der Vertreter eines anderen kontrahiert zugleich für sich selbst und namens des Vertretenen, z. B. der Vormund zahlt das Geld, das er dem Vater des Mündels schuldete, nach dem Tode des Vaters an sich selbst als Vertreter des Mündels, um sich selbst von der Schuld zu befreien und den Mündel, der durch den Tod des Vaters Gläubiger geworden ist, zu befriedigen, und

2.) kann der Fall eintreten, daß eine Person Vertreter zweier verschiedenen Personen ist und in sich namens dieser beiden Personen verhandelt und kontrahiert. Als Beispiel ziehen wir hier einen Fall aus der Praxis des Reichsgerichts an[31]): Die Vorstände zweier Genossenschaften bestehen aus denselben Personen. Diese leisten für beide Genossenschaften die vorkommenden Zahlungen, je nachdem Geldmittel in den Kassen sind, bald aus der einen, bald aus der anderen Kasse. Von Zeit zu Zeit rechnen sie ab und tragen das Ergebnis der Abrechnung in die beiderseitigen Handelsbücher als bar empfangen oder gezahlt ein. Es würde sich also hier um selbstkontrahierte Darlehen handeln.

Zunächst ist zu prüfen, ob ein Selbstkontrahieren im wörtlichen Sinne überhaupt möglich ist. Wie vorher schon kurz erwähnt, sind die Ansichten hierüber bis zum heutigen Tage sehr zahlreich und verschieden. Die einzige Frage, über die in Theorie und Praxis kein Streit herrscht, ist die, daß ein Selbstkontrahieren außerhalb der Stellvertretung unmöglich ist. Denn niemand kann Rechte gegen sich selbst erwerben. Hieraus folgt nach Muskat[32]) nicht allein, daß ein Vertragsschluß einer Privatperson mit sich selbst unmöglich ist, sondern vielmehr, daß aus einem derartigen Rechtsgeschäft niemals eine Obligation entstehen kann. Und weiter ist hieraus zu erkennen, daß ein derartiges Selbstkontrahieren, selbst wenn es begrifflich möglich wäre, völlig sinnlos sein würde, da es jeder Wirkung entbehren müßte. Der wahre Grund der Unmöglichkeit ist aber die Unvereinbarkeit eines

[31]) 6, 11.
[32]) a. a. O. S. 510.

derartigen Rechtsgeschäfts mit dem Wesen des Vertrages, der ein zweiseitiges Rechtsgeschäft ist und das Vorhandensein zweier Kontrahenten unbedingt erfordert. Nur BGB. § 1249 macht hiervon scheinbar eine Ausnahme; denn hier ist es vom Gesetzgeber ausdrücklich zugelassen, daß der Eigentümer eines Pfandes bei der Versteigerung desselben mitbietet und unter Umständen das noch in seinem Eigentum stehende Pfand käuflich erwirbt. Die Motive[33]) sehen hierin aber nicht einen Kauf der eigenen Sache, sondern erklären diesen Vorgang folgendermaßen: Wenn der Eigentümer der Pfandsache mitbietet, so will er sich statt des angebotenen Kaufobjektes, d. h. des Eigentums am Pfande, nur das darin enthaltene mindere, nämlich die Freiheit des ihm schon zustehenden Eigentums, von der durch den Pfandverkauf gemäß § 1242 erlöschenden Belastung erkaufen.

Ist nun das Selbstkontrahieren des direkten Stellvertreters ein wirklicher Vertrag, oder ist das sogenannte Selbstkontrahieren nur eine einseitige nichtempfangsbedürftige Willenserklärung, der das positive Recht Vertragswirkungen zubilligt?

Von äußerster Wichtigkeit für diese Frage ist die richtige Auffassung des Wesens des Vertrages. Auch auf diesem Gebiete ist ein heißer wissenschaftlicher Streit entbrannt. Die herrschende Meinung erkennt heute die Definition des römischen und gemeinen Rechts an. In der l. 1 § 2 D. de pactis 2,14 heißt es: duorum pluriumve in idem placitum et consensus. Auf Grund dieses römisch-rechtlichen Satzes erklärt Bechmann[34]) den Vertrag als die Einigung zweier selbständiger Willen, die sich von verschiedenen Ausgangspunkten aus einander nähern und schließlich in einem Punkt zusammentreffen. Diese beiden Willen nach dem Zusammentreffen zu einem Willen — dem Vertragswillen — zusammengeschlossen, müssen einen genügenden Ausdruck erhalten[35]). Diese letzte Forderung muß man mit Rücksicht auf BGB. § 151 als wesentliches Vertragserfordernis ablehnen; denn dieser Paragraph sagt ausdrücklich, daß ein Vertrag durch die Annahme des Antrages zustande kommt, ohne daß die Annahme dem Antragenden gegenüber besonders erklärt zu werden braucht. Immerhin ist aber doch ein Tätigwerden, d. h. eine Äußerung der zwei Willen, zu verlangen, da die Einigung zweier Willen zwar auch im Innern der Seele geschehen kann, das Recht aber auf innere Vorgänge keine Rücksicht nehmen kann.[36]) Das Haupterfordernis ist und bleibt die Übereinstimmung zweier getrennter Willen.

[33]) Bd. III S. 826.
[34]) a. a. O. S. 284.
[35]) Planck S. 18 Anm. 2.
[36]) Ähnlich Windscheid-Kipp I § 69; Planck I S. 196; Regelsberger S. 543.

Für die Vertreter der Savignyschen Theorie ist es ein Leichtes zu behaupten, beim Selbstkontrahieren des Stellvertreters seien die Merkmale des Vertrages erfüllt, da ja bei Anwendung dieser Theorie das erforderte Vorhandensein zweier verschiedener Willen erfüllt ist, — denn hier ist ja der Vertreter nur Bote des Vertretenen — und sie weiter unter Berufung auf Roemer[37]) behaupten, daß die Möglichkeit des Selbstkontrahierens eine unabwendbare Folgerung des Prinzips der direkten Stellvertretung sei.

Schließt man sich dagegen der sogenannten Repräsentationstheorie an, so kann man auf Grund des oben anerkannten Vertragsbegriffes nie in dem Selbstkontrahieren einen wirklichen Vertrag erblicken. Andernfalls müßte man annehmen, daß der Vertreter einen zweifachen eigenen Willen haben kann. Er würde also dann einen Willen als Vertreter und einen anderen als Subjekt eigener Rechte bzw. als Vertreter eines Dritten haben. Die Annahme eines solchen doppelseitigen Willens scheint aus psychologischen Gründen nicht anerkennenswert[38]) zu sein. Bechmann[39]) drückt diese Ansicht folgendermaßen aus: »Niemand kann, weder im eigenen noch im fremden Namen, seine Seele in zwei Hälften spalten und diese Hälften mit einander verhandeln und kontrahieren lassen.« Wenn auch der Stellvertreter beim Selbstkontrakt Erwägungen im beiderseitigen Interesse anstellen kann, und auch mit sich im Interesse beider einig werden kann, so ist dieser Vorgang doch von grundaus verschieden von der für den Vertrag erforderlichen Einigung zweier selbständiger Willen; denn bei dem Selbstkontrakt ist nur ein einheitlicher Willensentschluß vorhanden.

Die von Mitteis aufgestellte Theorie ist für den gesetzlichen Vertreter nicht anwendbar, da hier allein das Gesetz es ist, das dem Willen des Vertreters die Kraft verleiht, den Vertretenen zu berechtigen und zu verpflichten[40]). Allerdings wird beim rechtsgeschäftlich bestellten Vertreter der Vertretene insofern beim Vertragsschluß mit tätig, als er den Willensentschluß des Vertreters mit veranlaßt. Aber stets ist der Vertretene nur ein Motiv für den Willensentschluß[41]), und die entsprechende Erklärung des Vertreters — die Erklärung selbst — ist durch seinen Willen hervorgerufen. Auch vom Standpunkt dieser Theorie aus läßt sich ein Vertragsschluß mit sich selbst als wirklicher Vertrag nicht rechtfertigen.

---

[37]) a. a. O. S. 69.

[38]) Derselben Ansicht Böhm S. 23; Samson S. 16; Urban S. 5; a. A.: Boeckelmann S. 11; Siebert S. 12; Mot. I S. 224.

[39]) a. a. O. S. 288.

[40]) Windscheid I § 73 Anm. 16 b.

[41]) Hupka S. 37 ff.

Mitteis[42]) selbst spricht auch nur von einem Rechtsgeschäft, das der Vertreter mit sich selbst schließen kann. Nach ihm ist es begrifflich sehr wohl möglich, daß der Vertreter durch seinen Willen den Vertretenen an sich und sich an den Vertretenen fesselt. Doch vermeidet er es ganz offensichtlich, dieses Rechtsgeschäft als Vertrag zu bezeichnen.

Wenn man so entwickelt, so kommt man zu dem Ergebnis Rümelins[43]), daß das Selbstkontrahieren kein wirklicher Vertrag ist, sondern nur eine einseitige Willenserklärung, der das positive Recht Vertragswirkungen beilegen kann und heute beilegt. Er unterstreicht nochmals besonders, daß beim sogenannten Selbstkontrahieren nur ein Wille in Tätigkeit tritt, und infolgedessen nur ein Willensentschluß möglich ist, und ebenso von wechselseitigen Willenserklärungen keine Rede sein kann. Selbst da, wo der Entschluß auf Grund einer Abwägung einander widerstreitender Triebreize oder durch Zusammentreffen von verschiedenen Erwägungen gefaßt wird, liegt nur ein einheitlicher Willensentschluß nach ihm vor. Und doch behauptet er etwas später, daß es sich niemals um eine Unmöglichkeit, sondern höchstens um eine Unzulässigkeit nach positivem Recht handeln kann. Sprinz[44]) führt dies darauf zurück, daß Rümelin unter »Unmöglichkeit« nicht die begriffliche Unmöglichkeit für die Rechtsordnung versteht, an einen Tatbestand, der in Wirklichkeit nicht Vertragstatbestand ist, Vertragswirkungen zu knüpfen. Was Sprinz bezüglich dieser Terminologie sagt, ist m. E. anzuerkennen. Er hält sie für unzweckmäßig und sieht, unter richtiger Beurteilung der Macht der Gesetzgebung und aus rechtspolitischen Erwägungen heraus, die Möglichkeit als selbstverständlich an, daß eine Rechtsordnung an eine bestimmte Willenserklärung, die begrifflich ein Vertrag nicht sein kann, die Rechtsfolgen eines Vertrages durch besondere Vorschriften knüpft, wie wir es z. B. im BGB. bei der Behandlung des Wieder- und Vorkaufsrechts finden. Die besondere Bezeichnung der Möglichkeit des Selbstkontrahierens ist eigentlich überflüssig und irreführend; denn aus dieser Bezeichnung kann man entweder entnehmen, daß es begrifflich möglich ist, mit sich selbst einen Vertrag abzuschließen, oder aber, wie wir es für das heutige Recht auffassen müssen, daß es an Hand des Gesetzes möglich ist, gewisse Willenserklärungen sich selbst gegenüber mit Vertragswirkungen vorzunehmen. So gelangt man also zu der Folgerung, daß das Selbstkontrahieren eine einseitige Willenserklärung ist, an die das Gesetz die Wirkungen eines Vertrages geknüpft hat.

[42]) S. 197.
[43]) S. 16.
[44]) S. 4.

Der gleichen Ansicht ist zweifellos auch Lepa[45]), der sagt: »Niemand kann ein Recht von sich, niemand ein Recht gegen sich erwerben. Obligation bedeutet ein Verhältnis zwischen zwei Personen, vermöge dessen die eine über den Willen der anderen eine Herrschaft ausübt. Herrschendes und Beherrschtes kann nicht eins sein; denn obligatio est iuris vinculum quo necessitate adstringimur ad dandum vel faciendum vel praestandum aliquid. Er hält also auch das Selbstkontrahieren für begrifflich unmöglich, während er dem Gesetzgeber das Recht einräumt, Vertragswirkungen an bestimmte Willenserklärungen zu knüpfen.

Römer[46]), der die Streitfrage als erster aufgerollt hat, sagt: »Niemand kann mit sich selbst ein Rechtsgeschäft schließen.« Er steht auf dem Standpunkt der begrifflichen Unmöglichkeit des Selbstkontrahierens. Er lehnt das Selbstkontrahieren nur aus tatsächlichen, nicht aus juristischen Gründen ab. Ausschlaggebend ist für ihn die Tatsache, daß in dem durch einen derartigen Vertrag erzeugten Rechtsverhältnis der Berechtigte ein Recht gegen sich selbst haben würde, und dies nach seiner Ansicht unmöglich, und zwar begrifflich unmöglich ist. Für ihn ist das Hauptargument, daß das Recht und die ihm korrespondierenden Beschränkungen begrifflich zwei verschiedene Vermögen voraussetzen. Allerdings stellt auch er der begrifflichen Unmöglickkeit die Wirkung gegenüber, die einer Betätigung kraft Gesetzes gegeben wird. Er sagt: »Eine Willenserklärung begründet rechtliche Beziehungen zwischen zwei Vermögenssphären. Hieraus folgt, daß der Inhalt dieser Erklärung einen gültigen Vertragsinhalt ergeben kann, nicht aber schon Vertrag ist. Das Wesen des Vertrages wird nicht nur durch den Inhalt, sondern auch durch einen bestimmten inneren und äußeren Tatbestand bedingt, und dieser liegt in der Vereinigung zweier Willen und Willenserklärungen auf jenen Inhalt. Römer behauptet, daß dieser Tatbestand, den auch er für das Zustandekommen eines Vertrages für unerläßlich hält, im Falle des Selbstkontrahierens erfüllt sei, da ja der Wille des Stellvertreters als Wille des Vertretenen gelte, und so in dem Selbstkontrahieren die Tätigkeit zweier Willen anzunehmen sei.

Hierauf ist nun zu erwidern, daß man aus einer rein dogmatischen Fiktion niemals Konsequenzen ableiten darf, die sich nicht schon unmittelbar aus dem Rechtssatz ergeben, dessen Veranschaulichung die Fiktion zu dienen bestimmt ist.

Während alle bisher genannten Schriftsteller der Ansicht waren, daß das Vorhandensein nur eines Willens zwar das

[45]) S. 226.

[46]) a. a. O. S. 67 ff.

Zustandekommen eines Vertrages hindere, das Eintreten vertraglicher Folgen aber nicht zu beeinträchtigen brauche, geht Meißels[47]) von der Frage aus, ob das Vorhandensein nur eines Willens den Vertragsschluß selbst unbedingt hindern muß. Er behauptet, daß zu einem Vertrage zwei verschiedene Willensentschließungen garnicht notwendig seien, sondern daß aus rein psychologischen Erwägungen heraus sehr wohl der für einen Vertrag erforderliche Willensinhalt durch eine Willensbetätigung erzeugt werden könne; nach seiner Ansicht kann man gleichzeitig mehrere Willen betätigen. Der consensus duorum vel plurium gehört nach ihm nicht zum Wesen eines jeden Vertragsabschlusses, sondern erübrigt sich dort, wo die Kontrahenten durch eine Person vertreten werden, deren Wille für die beteiligten Vermögenssphären maßgebend ist. Derselben Ansicht ist auch Siebert[47]).

Man muß zugeben, daß die Verfügungsmacht über die am Vertrage beteiligten Vermögenssphären nur den Subjekten dieser Sphären zusteht und beim Kontrahieren von ihnen ausgeübt wird. Ebenso ist nicht zu bestreiten, daß diese ratio weicht, wenn ausnahmsweise durch Gesetz oder Rechtsgeschäft einer Person die Verfügungsmacht über ein fremdes Vermögen eingeräumt ist, und diese Person nur in gleichzeitiger Betätigung dieser ihr übertragenen Macht Beziehungen zwischen den beiden Vermögenssphären beschließt. Hieraus folgt nur, daß im Sinne der Gesetze die einseitige Willensäußerung des Selbstkontrahenten genügen muß, um die Wirkung eines Vertrages zu erzeugen, nicht aber, daß sie dadurch ohne weiteres selbst Vertragsschluß wird.

Bei Beurteilung dieser Theorie schließe ich mich der ihr widersprechenden Ansicht Sprinz's[48]) an, der Meißels Ansicht zunächst aus juristischen Gründen ablehnt, indem er sich auf die auch von uns im Vorhergehenden verschiedentlich angezogenen Vertragsdefinitionen stützt, aus denen klar und deutlich hervorgeht, daß zur Herbeiführung der Übereinstimmung mehrerer Willen auch tatsächlich mehrere Willen betätigt werden müssen. Ebenso birgt die Ansicht Meißels einen Widerspruch vom psychologischen Standpunkt aus in sich, wenn er behauptet, durch einen Willen kann Mehreres gewollt werden. Mehreres kann immer nur durch mehrere Willensbetätigungen gewollt werden.

Wir haben bisher immer nur das Selbstkontrahieren im engeren Sinne, d. h. als Vertragsschluß mit sich selber in Betracht gezogen. Als weitere Frage tritt uns jetzt entgegen: Wie verhält es sich mit Rechtsgeschäften sich selbst gegenüber, die nur einer einseitigen empfangsbedürftigen Erklärung

[47]) Siebert, a. a. O. S. 16.

[48]) a. a. O. S. 6-7.

bedürfen, wie z. B. Kündigung, Erfüllung u. a.? Hier kommt natürlich die Unmöglichkeit des Vorhandenseins zweier korrespondierender Willenserklärungen nicht in Frage, da nur eine Willenserklärung erforderlich ist. Aber auch nur eine Willenserklärung ist sich selbst gegenüber unmöglich. Es besteht die Möglichkeit, jedem Rechtssubjekt gegenüber seinen Willen zu erklären, nur sich selbst gegenüber nicht. Dies ist nach Sprinz genau so unmöglich, wie man eine Kugel mit seiner Hand nicht nach ihrem Ausgangspunkt zurückwerfen kann. Begriffliche Voraussetzung für die Willenserklärung ist nach ihm,[49]) daß ihr Empfänger den zu erklärenden Willen nicht selbst gefaßt hat; denn wenn man den Willensentschluß selbst faßt, so fällt Sinn und Zweck einer Erklärung des Willens fort.

Nachdem wir uns mit den Theorien der Stellvertretung und des sogenannten Selbstkontrahierens auseinandergesetzt haben, und uns bei der ersteren auf den herrschenden Standpunkt der Repräsentationstheorie, bei der letzteren auf den Standpunkt gestellt haben, daß das Selbstkontrahieren kein wirklicher Vertragsschluß, sondern nur eine einseitige Willenserklärung ist, der vom Gesetze Vertragswirkung beigelegt wird, müssen wir jetzt noch untersuchen, wie sich diese Theorien, auf die indirekte Stellvertretung angewandt, bewähren. Wenn der indirekte bzw. mittelbare Stellvertreter, der also im eigenen Namen für Rechnung des von ihm Vertretenen mit sich als Selbstkontrahent oder in Vertretung eines Dritten in sich kontrahiert, so tritt gar nicht in Erscheinung, daß der Handelnde Vertreter ist, denn nur im Innenverhältnis zu dem Vertretenen ist er verpflichtet, die durch sein Tätigwerden in seiner Person entstandenen Rechte und Pflichten durch besonderen Rechtsakt zu übertragen; und daher tritt hier bezüglich der begrifflichen Unmöglichkeit des Selbstkontrahierens im engeren Sinne keinerlei Änderung ein. Denn der indirekte Stellvertreter handelt im eigenen Namen für fremde Rechnung, wie z. B. der Kommissionär, der aus dem von ihm vorgenommenen Rechtsgeschäft zunächst selbst berechtigt und verpflichtet wird. Für die Schriftsteller, die im Selbstkontrahieren einen wirklichen Vertragsschluß sehen, ist das Zustandekommen eines Vertrages durch Selbstkontrahieren des indirekten Stellvertreters eine Unmöglichkeit. Denn es fehlt hier von vornherein an dem Haupterfordernis für einen Vertrag, den beiden, verschiedene Willen betätigenden und erklärenden Kontrahenten. Für uns, die wir auf dem Rümelin'schen Standpunkt bezüglich des Selbstkontrahierens stehen, ist es an sich möglich, daß die Rechtsordnung an eine einseitige Willenserklärung des indirekten

[49]) S. 7.

Stellvertreters Vertragswirkungen anschließt. Allerdings liegt hier der Gedanke an ein Selbstkontrahieren bei weitem entfernter als beim direkten Stellvertreter. Nach Urban[50]) besteht in gewissem Sinne sogar ein Widerspruch zwischen Selbstkontrahieren und indirekter Stellvertretung, da es doch das wesentlichste Merkmal der mittelbaren Stellvertretung ist, durch Handeln des Stellvertreters Rechte und Pflichten nicht in der Person des Vertretenen zu begründen, während beim Selbstkontrahieren des mittelbaren Stellvertreters diesem gerade die Macht zugestanden wurde, durch seine einseitige Erklärung unmittelbar für den von ihm Vertretenen Rechte und Pflichten zu erzeugen. Wenn für das Selbstkontrahieren der direkten Stellvertretung noch Zweifel bestehen konnten, ob seine Zulässigkeit im Gesetz ausdrücklich ausgesprochen werden müsse, so wird man beim Selbstkontrahieren der indirekten Stellvertretung Bedenken dieserhalb wohl nicht mehr haben. Würde das Gesetz diese letztere Befugnis geben, so wäre darin eine Vergewaltigung des Willens des Vertretenen zu sehen, der gerade durch Bestellung des indirekten Stellvertreters zu erkennen geben will, daß er über sein Vermögen nicht unmittelbar durch einen anderen verfügen lassen will. Es ist daher der Vertragsschluß des indirekten Stellvertreters mit sich selbst genau so zu beurteilen, wie das Selbstkontrahieren im engeren Sinne eines jeden anderen Rechtssubjektes, d. h. wie schon erwähnt, als etwas begrifflich Unmögliches. Diese Frage ist aber für das B.G.B. fast gänzlich ohne Bedeutung, da es in seinen Bestimmungen nirgends die indirekte Stellvertretung ausdrücklich regelt. Anders verhält es sich mit dem H.G.B., das in einem besonderem Abschnitt die wichtigen Bestimmungen des Kommissionsgeschäfts enthält.

Das römische Recht. Wie haben sich nun die einzelnen positiven Rechte zum sogenannten Selbstkontrahieren gestellt, und wie ist es insonderheit in der heutigen Literatur und Praxis? Betrachten wir zunächst das römische Recht, so finden wir in den Quellen weder eine Stelle, die das Selbstkontrahieren völlig verbietet noch eine solche, die es unumschränkt zuläßt. Einzelne Sätze, aus dem Zusammenhange herausgerissen, beweisen, wie Rümelin[51]) richtig sagt, absolut gar nichts für die prinzipielle Zulässigkeit oder Unzulässigkeit des Selbstkontrahierens im römischen Recht. Nur vereinzelte in den Digesten dargestellte Fälle können als Beweis dafür angesehen werden, daß einseitige Rechtsgeschäfte mit Vertragswirkung, wie auch wir das Selbstkontrahieren ansehen, teils zugelassen, teils verboten

[50]) S. 32.
[51]) a. a. O. S. 81.

waren. Dies kann auch gar nicht weiter verwundern, da das Corpus Juris immer nur einzelne konkrete Fälle, die gerade in einem Rechtsstreit akut waren, entwickelte und ohne Rückkicht auf andere Fälle jeweils nach praktischen Gesichtspunkten für den vorliegenden Streit entschied. Außerdem ergibt sich bei Betrachtung der langsamen Entwicklung und Anerkennung der Stellvertretung überhaupt ohne weiteres, daß man erst nach Zulassung der direkten Stellvertretung auf das Problem des Selbstkontrahierens kommen konnte. Da das römische Recht zunächst überhaupt allein die indirekte Stellvertretung zuließ und nur ganz ausnahmsweise von diesem Prinzip abging, so finden wir auch das Problem des Selbstkontrahierens nur sehr selten, und dann als Ausnahme angeschnitten.

Als erste der Stellen, die das Selbstkontrahieren als zu Recht geschehen anerkennt, tritt uns in den Digesten das »sibi solvere« = Selbstzahlen entgegen, das im täglichen Leben am häufigsten vorkommt. Das »sibi solvere« ist auf zweifache Weise möglich: erstens der Vertreter erfüllt aus dem Vermögen des Vertretenen an sich selbst, mindert also die Substanz des Vertretenen und vergrößert seine eigene, oder aber der Vertreter erfüllt aus seinem eigenen Vermögen an sich selbst, als Vertreter einer anderen Vermögensmasse, verschafft also dem Vertretenen Besitz bzw. Eigentum. Diese beiden Möglichkeiten gehen aus der zit. Stelle klar und deutlich hervor:

> § 3. Et generaliter quod adversus alium praestare debuit pupillo suo id adversus se quoque praestare debit, fortassis et plus; adversus alios enim experiri sine actione non potuit adversus se potuit.
> § 4. Sed si sub usuris gravioribus patri pupilli pecuniam debuit quam sint pupillares, videndum est, an ei aliquid imputetur; et si quidem solvit, nihil est quod ei imputetur: si vero non solvit, usuras cogendu est agnoscere quas a se exigere debuit.
> § 5. Sicut autem solvere tutor quod debet, ita et exigere quod sibi debetur potest.

Aus diesen Stellen ist zu erkennen, daß nach römischem Recht der Vertreter, insbesondere der Vormund, sowohl für den Vertretenen als Schuldner an sich, wie für sich als Schuldner an den Vertretenen zahlen konnte, und zwar ohne an irgend eine Beschränkung gebunden zu sein, etwa an die Zustimmung des Vormundschaftsgerichts oder Mitvormundes. Folglich muß der Vertreter auch rechtlich in der Lage gewesen sein, Besitz und Eigentum allein durch eine Äußerung seines Willens von dem Vertretenen auf sich und ebenso umgekehrt zu übertragen. Nach Ansicht derer, die in einer solchen Erfüllung einen wirklichen Vertrag sehen, und das ist die

[52]) 1. 9 § 3—5 Dig. de administr. et per. tut. 26,7.

herrschende Meinung[53]), wird durch eine solche Zahlung die Schuld sofort und für immer getilgt, was nicht nur aus logisch-juristischen, sondern auch aus rein praktischen Momenten anerkannt zu werden verdient. Rümelin aber und seine Anhänger sehen in allen diesen Fällen nur eine Eigentumsübergabe solutionis causa durch Zulassung einseitiger Tradition. Nach Siebert[54]) bedeutet einseitige Tradition, daß eine Person, also hier der Vertreter als Subjekt eigener Rechte, ohne zugleich als Stellvertreter zu handeln, Besitz und Eigentum einer Sache von sich auf einen anderen überträgt, daß also hier zur Tradition nur ein Rechtssubjekt notwendig ist. Nach Urban[55]) ist diese Feststellung nicht einmal unbedingt erforderlich; denn auf alle Fälle ist da, wo die Erfüllung der Verbindlichkeit Übertragung von Besitz oder Eigentum erfordert, in dieser Tradition ein Vertrag gegeben und damit die Voraussetzung für die Annahme eines Selbstkontrahierens. Der Vertreter nimmt einseitig ein Rechtsgeschäft mit Wirkungen vor, die sich sonst nur an einen Vertrag knüpfen. Wenn hierfür der Ausdruck »sibi solvere« gebraucht wird, so ist das lediglich eine bequemere Ausdrucksweise, die andeuten soll, daß der Vertreter durch seine Handlung Wirkungen hervorbringt, die sonst regelmäßig einen Vertrag voraussetzen. Hupka[56]) sagt hierzu: Die Römer erblickten im Selbstkontrahieren einen dem Vertragsschluß materiell gleichwertigen und ihn darum völlig ersetzenden Tatbestand, dem schon nach Zivilrecht die Wirkungen des entsprechenden Vertrages zukamen.

Weniger bestritten als die Vertragsnatur der Solution ist die des Darlehns, bei dem das römische Recht ein Selbstkontrahieren ohne weiteres gestattete und in Übereinstimmung hiermit in diesem Falle auch die direkte Stellvertretung anerkannte, l. 9 § 7 de administr. et per. tut. 26,7 lautet:

> non tantum autem sibi solvere tutor, verum etiam sibi creditam pecuniam scribere potest, ut Marcellus libro octavo Digestorum scripsit; seque mutua pecunia poterit obligare sibi mutuam proscribendo.

Daß diese Stelle wirklich beweist, daß es dem Vormund erlaubt gewesen ist, sich aus dem Vermögen des Mündels ein Darlehn zu nehmen, wird allerdings bestritten. So sagt Bechmann[57]): Die rechtliche Wirkung der Handlung nach dieser Seite beruht daher nicht auf irgend einem Vertragsschlusse, sondern entweder auf nachträglicher Genehmigung oder auf der objektiven nützlichen Beschaffenheit des

[53]) Muskat, a. a. O. S. 527; Lepa, a. a. O. S. 240.
[54]) a. a. O. S. 35.
[55]) a. a. O. S. 16.
[56]) a. a. O. S. 275.
[57]) a. a. O. II S. 589; Lepa S. 241; Muskat S. 529.

Geschäfts.« Doch geht die herrschende Meinung und mit ihr Urban dahin, daß durch diese Stelle die Zulässigkeit eines wirklich selbstkontrahierten Darlehns des Vertreters bestätigt sei. Gleichzeitig wird durch diese Digestenstelle auch für das Darlehn eine bestimmte Form, das »scribere«[58]), vorgeschrieben, die beobachtet werden mußte, um der Geldentnahme den Darlehnscharakter zu verleihen. Als letzte Quellenstellen zum Nachweis, daß im römischen Recht das Selbstkontrahieren eine Rolle spielte, seien l. 34 § 7 D. 18,1 und l. 46 § 7 D. 18,1 zitiert, die lauten:

> Tutor rem pupilli emere non potest, idemque porrigendum est ad similia idest curatores, procuratores etqui negotia aliena gerunt. / 46,7: Non licet ex officio quod. administrat quis emere quid vel per se vel per aliam personam: alioquin non tantum rem amittit sed et inquadruplum convenitur secundum constitutionem Severi et Antonii; et hoc ad procuratorem quoque Caesaris pertinet. Sed hoc ita se habet, nisi specialiter quibusdam hoc concessum est.

Hier wird dem Vertreter im allgemeinen verboten, Sachen des Vertretenen selbst zu kaufen oder für sich kaufen zu lassen; mit Ausnahme der Fälle, bei denen der Vertreter besondere Erlaubnis zum Ankauf dieser Sachen hatte (Auktionskauf). Diese Bestimmung erinnert sehr an unser heutiges Recht, das im BGB. § 181 ähnliche Bestimmungen über das Selbstkontrahieren gibt, wie wir später noch sehen werden. Fragt man nach dem Grund, der die Römer zum prinzipiellen Verbot des selbstkontrahierten Kaufes veranlaßt hat, so ist darauf zu sagen, daß bei diesem in ganz besonderem Maße die Gefahr der Interessenkollision vorlag, da die Römer nach Rümelin[59]) keinen »Normalpreis«, das heißt Markt- oder Ladenpreis, kannten, und der Kaufpreis nach billigem Ermessen festgestellt werden mußte. Es ist, wie die Römer mit Recht annahmen, kaum zu erwarten, daß ein Mensch so objektiv ist, den Preis für die Ware, die er selbst erwerben will ohne Mitbetätigung Dritter in seinem eigenen und des vertretenen Verkäufers Interesse festzusetzen. Die Nachprüfung der Angemessenheit eines so bestimmten Preises beim selbstkontrahierten Kauf wäre sehr schwierig, im Gegensatz zum selbstkontrahierten Darlehn, wo nach dem scribere nur noch zu prüfen übrig blieb, ob die versprochenen Zinsen dem ortsüblichen Zinsfuß entsprachen, und ob sie rechtzeitig bezahlt waren. Daher mußte der Vertretene vor Ausbeutung durch ein prinzipielles Verbot geschützt werden. Eine Ausnahme konnte das Recht beim Auktionskauf ohne Bedenken machen, da dieser öffentlich stattfand, und durch das Bieten vieler Käufer eine Gewähr dafür vorhanden war, daß der Preis in objektiver Weise

[58]) 1. 9 § 7 D. 26,7 . . . poterit obligare sibi mutuam proscribendo.
[59]) a. a. O. S. 210.

festgesetzt wurde, und dadurch eine Interessenkollision nicht stattfinden konnte.

Kurz zu erwähnen für das römische Recht bleibt jetzt nur noch die Novelle 72 Justinians[60]). Sie trägt ganz das Gepräge der spät-römischen Epoche, die jeder Möglichkeit einer Benachteiligung wirtschaftlich unselbständiger Personen durch strenge Gesetze entgegen zu treten versuchte. Durch diese Novelle verbietet Justinian, daß eine Person, die zu einer anderen in einem Vertragsverhältnis steht, dieser zum Vormund gesetzt wird und bestimmt noch weitergehender, daß eine Obligation während der Dauer der Vormundschaft zwischen den beteiligten Personen nicht zur Entstehung gebracht werden darf. Hiermit ist nach Justinianischem Recht das Selbstkontrahieren des Stellvertreters für das Gebiet der Vormundschaft absolut ausgeschlossen, nicht aber für die anderen Vertretungsverhältnisse; denn nach Siebert ist es unzulässig, eine Quellenstelle, die wie die Novelle 72 einen konkreten Fall regeln will, extensiv zu interpretieren. Doch ist diese Novelle ziemlich bedeutungslos. Schon im gemeinen Recht hat sie keine Rolle mehr gespielt. In der Literatur finden wir auf sie nur selten, in der Praxis überhaupt nicht Bezug genommen.

Das gemeine Recht. Das gemeine Recht, das das Corpus Juris Justinians zur Grundlage hat, hat bezüglich des Selbstkontrahierens positive Gesetzesvorschriften selbständig überhaupt nicht geschaffen. Zwar finden wir im Corpus Juris Canonici eine Stelle[61]), die das Selbskontrahieren verbietet, aber nach Rümelin[62]), der sich auf den Kommentar des Bartolus[63]) beruft, hat das kanonische Recht keineswegs das römische überwunden. Daher tritt in der späteren gemeinrechtlichen Praxis klar zutage, daß man dieser Stelle des Corpus Juris Canonici keine Beachtung geschenkt hat. Zwei Richtungen sind in der gemeinrechtlichen Rechtswissenschaft vertreten, von denen sich die eine eng an das römische Recht anschließt und das Selbstkontrahieren nur für die Fälle anerkennen will, für die es auch dort zugelassen ist. Die zweite Ansicht, die wohl als die praktischere anzusprechen ist, sieht in der Kasuistik der Digesten nur die

[60]) Kap. 1, 4 u. 5

[61]) c. 7 X. de institutionibus 3,7: »Illud autem solumus vos ignorare, quod postquam idem M. fuit abbas effectus praedictam custodiam de iure cum ratione abbatiae ad ipsum pertineat donatio tam custodiam quam aliarum-dignitatum ac etiam praecendarum inecclesia Patranensi custodiam ipsam recipere non potuit a se ipso, cum inter dantem et accipientem debeat esse distinctio personalis; sed nec ab alio cum ius conferendi alius non haberet.

[62]) a. a. O. S. 270.

[63]) Comment. in part. I. Dig. novi ad I. 2 D. de stip. serv. 45,3.

Grundlage, durch die es der modernen Rechtspflege ermöglicht wird, den Bedürfnissen der neuen Zeit entsprechend fortzubauen. Dieselben sich widersprechenden Ansichten finden wir auch in der Judikatur der obersten Gerichte. So erklärt das ROHG.[64]) in einem Urteil das Selbstkontrahieren für begrifflich unmöglich, indem es ausführt: »Die Unmöglichkeit, mit sich selbst einen Vertrag zu schließen, liege in der Natur der Sache.« Dagegen stellt sich das Reichsgericht[65]) auf den entgegengesetzten Standpunkt und anerkennt die begriffliche Möglichkeit und prinzipielle Zulässigkeit des Selbstkontrahierens. Diese letztere Ansicht vertritt auch Rümelin[66]), wenn auch mit einer anderen Begründung. Er sagt: Wenn wir auch den theoretischen Ausgangspunkt des Reichsgerichts in keiner Weise teilen können und der Ansicht sind, daß die Entscheidungen des Reichsgerichts auch vom praktischen Standpunkt aus betrachtet weit über das Ziel hinausschießen, so wird doch durch sie immerhin so viel bewiesen, daß die moderne Praxis auf eine möglichst weitgehende Zulassung des Selbstkontrahierens hindrängt und zugleich nach einer prinzipiellen Beantwortung der prinzipiell gestellten Frage. Er kommt schließlich unter analoger Anwendung des römischen Rechts und unter Berücksichtigung der sich stets verändernden modernen Rechts- und Verkehrsverhältnisse zu dem Ergebnis, daß das Selbstkontrahieren im gemeinen Recht grundsätzlich zulässig ist, falls der Selbstkontrahierungsakt nachprüfbar und als ein nach dem Willen des Selbstkontrahenten bindender Akt zu erkennen ist, und das Geschäft nachweisbar zur Zeit des Abschlusses dem Interesse des bzw. der Vertretenen entspricht. Diese Art der Begrenzung des Selbstkontrahierens ist allerdings mehr oder weniger willkürlich und wird im allgemeinen abgelehnt. Rümelins Vorschlag, die Gültigkeit des selbstkontrahierten Geschäfts von seiner konkreten Nützlichkeit abhängen zu lassen, ist als völlig unpraktisch zu verwerfen; denn nachträglich zu entscheiden, ob ein Geschäft im Augenblick eines Abschlusses für den Vertretenen möglich und vor allem nützlich war, ist sehr schwierig, ja sogar oft unmöglich. Hierdurch würde, wie Urban[67]) richtig sagt, eine unerträgliche Verkehrsunsicherheit sowohl für die Kontrahenten wie auch für Dritte eintreten, die aber gerade vermieden werden muß. Man gelangt also zu dem Ergebnis, auf Grund der vorstehenden Erörterungen, daß im gemeinen Recht nur die in den römischen Quellen bestätigten Selbstkontrahierungsfälle unbestritten anerkannt waren.

[64]) RG, VIII Nr. 95.
[65]) RG. 6, 11; 7, 119; 4, 297.
[66]) a. a. O. S. 242 ff.
[67]) a. a. O. S. 21.

Das BGB. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat in seinen einzelnen Entwürfen einen verschiedenen Standpunkt hinsichtlich der Frage des Selbstkontrahierens des direkten Stellvertreters eingenommen. Der 1. Entwurf des BGB.[68]), ausgehend von den Motiven[69]), die die Frage nicht nach der juristischen Möglichkeit des Selbstkontrahierens, sondern lediglich nach der Zweckmäßigkeit betrachtet wissen wollen, bestimmte die allgemeine Zulässigkeit des Selbstkontrahierens. Es heißt im Entwurf: »Die Frage der Zulässigkeit muß nach den allgemeinen Grundsätzen bejaht werden. Das Verbot würde vielfach unhaltbare Verkehrserschwerungen schaffen. Es verdient daher den Vorzug von der Zulässigkeit eines derartigen Handelns in Vertretung an sich auszugehen und die Regel da, wo besondere Gründe ihre Beugung erfordern, durch Sondervorschriften zu durchbrechen.« Aus den verschiedenartigen Behandlungen des Stoffes auf den einzelnen Stufen der Rechtsentwicklung ist ohne weiteres zu erkennen, wie groß die Schwierigkeiten für die richtige Lösung dieses Problems sind. Im allgemeinen Recht sprachen formelle Gründe für das Verbot des Selbstkontrahierens. Im heutigen Recht stützt man sich auf rein materielle Gründe. Der 2. Entwurf legt wohl mit Recht auf die rechtspolitischen Bedenken mehr Gewicht und stellt die Unzulässigkeit des Selbstkontrahierens des Stellvertreters als Prinzip auf und läßt nur zwei Ausnahmefälle zu. Die ausnahmsweise Zulassung wurde von der Kommission folgendermaßen begründet[70]): »Für den gesetzgeberischen Akt darf nicht maßgebend sein, ob man das Selbstkontrahieren logisch und rechtlich an sich für möglich hält, sondern lediglich die Frage, ob und wie weit die Zulassung mit der Verkehrssitte verträglich und durch die Verkehrsbedürfnisse erforderlich erscheint.« Doch stellt sich die Kommission für die Regel auf den Standpunkt, daß das Selbstkontrahieren stets die Gefahr einer Interessenkollision und einer Schädigung des einen oder anderen Teiles mit sich bringe und daher grundsätzlich verboten werden müsse. Diesem Standpunkt der Kommission entspricht voll und ganz die Fassung des § 181, der lautet:

> »Ein Vertreter kann, soweit ein anderes ihm nicht gestattet ist, im Namen des Vertretenen mit sich im eigenen Namen oder als Vertreter eines Dritten ein Rechtsgeschäft nicht vornehmen, es sei denn, daß ein Rechtsgeschäft ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht.«

§ 181 läßt also das Selbstkontrahieren grundsätzlich als ausgeschlossen erscheinen und nur in den zwei Ausnahme-

[68]) Mugdan, a. a. O. S. 476.
[69]) I. S. 214/25.
[70]) Mugdan, a. a. O. S. 779.

fällen zu, in denen einmal der Selbstabschluß dem Vertreter ausdrücklich, sei es durch Gesetz oder Vertrag, gestattet ist und ferner, wenn das Rechtsgeschäft ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht.

§ 181 gestattet das Selbstkontrahieren.

Wenden wir uns jetzt zunächst dem Anwendungsgebiet des § 181 zu, so ist hier zu bemerken, daß das BGB. im allgemeinen nur noch den direkten Stellvertreter — der im fremden Namen und für fremde Rechnung handelt — in Betracht zieht. Aus der Fassung des § 181 geht jedoch klar hervor, daß dieser sowohl auf Rechtsgeschäfte, bei denen der Vertreter mit sich im fremden Namen wie auch bei solchen, bei denen er im eigenen Namen, also als indirekter Vertreter, kontrahiert, Anwendung finden kann. Das BGB. hat sich nach Urban absichtlich der Aufstellung besonderer Normen für die sogenannte mittelbare Stellvertretung enthalten in der Erwägung, daß eine solche wohl möglich, aber lediglich nach allgemeinen Grundsätzen zu beurteilen sei und daher einer besonderem Berücksichtigung im BGB. nicht bedürfe[71]).

Das prinzipielle Verbot des § 181 erstreckt sich in gleicher Weise sowohl auf den gesetzlichen wie auf den rechtsgeschäftlichen Vertreter (Vormund, Pfleger, Prokurist).

Ebenso untersteht dem § 181 auch der Vertreter ohne Vertretungsmacht, da auch dieser nach dem Sprachgebrauch des BGB. ein »Vertreter« ist, wenn er im Namen eines anderen kontrahiert[72]).

Ausscheiden muß man aus dieser Betrachtung den Testamentsvollstrecker; denn er ist nach der vom Reichsgericht und der Mehrzahl der Schriftsteller vertretenen Theorie[73]) weder Vertreter des Nachlasses, noch des Erben, noch des Erblassers, sondern Träger eines Amtes zu eigenem Recht, das seinen hauptsächlichsten Inhalt zwar durch die Anordnung des Erblassers empfängt, aber vom Gesetze mit selbständigen auch gegen Erben und Dritte wirksamen Befugnissen ausgestattet ist. Er ist Willensorgan des Erblassers. Doch ist diese Ansicht sehr bestritten. Oertmann z. B.[74]) erklärt den Testamentsvollstrecker als Vertreter des Erben; wieder andere[75])

[71]) Urban, a. a. O. S. 31.

[72]) Urban, a. a. O. S. 49.

[73]) RG. Vorb. zu § 2197; ebenso Planck I S. 316; RG. 65, 330; 61, 144; 75, 302; Böhm S. 54.

[74]) zu § 181; Förster, Cosack.

[75]) Leonhard.

sagen, er sei Vertreter des Erblassers, so daß bei Anerkennung dieser Theorie der § 181 doch Anwendung finden müßte. Eine letzte Theorie steht auf dem Standpunkt, daß der Testamentsvollstrecker Vertreter des Nachlasses sei[76]). Es würde zu weit führen, sämtliche Theorien auf ihre Richtigkeit nachzuprüfen, und möchte ich mich auf den Standpunkt des Reichsgerichts stellen unter Berücksichtigung des Momentes, daß der Testamentsvollstrecker dadurch, daß man ihn als Inhaber eines Amtes ansieht, die meiste Bewegungsfreiheit bei allen Entscheidungen gegenüber sämtlichen Beteiligten hat. Daher kann der § 181 auf ihn keine Anwendung finden.

Ebensowenig ist der Konkursverwalter mit unter § 181 zu beziehen. Denn auch er ist nach der herrschenden Lehre nicht als Vertreter der Gesamtheit der Gläubiger, noch der Konkursmasse, noch des Gemeinschuldners anzusehen, sondern er übt nach der Definition des Reichsgerichts[77]) seine Tätigkeit nicht als Ausfluß eines ihm aus der Person des Gemeinschuldners übertragenen Rechtes aus, sondern als eine ihm, unbekümmert um die Person des Gemeinschuldners vom Gesetz übertragene Pflicht.

Auch ist es nicht als ein Fall des Selbstkontrahierens anzusehen, wenn ein Vertreter einen Substituten ernennt und nun mit diesem zu kontrahieren beginnt. Denn hier tritt der Substitut nicht für den Vertreter, sondern für den Vertretenen ein, und dann kontrahiert der frühere Vertreter mit dem Substituten als Vertreter des früher von ihm Vertretenen.

Zuletzt sei noch erwähnt, daß der Ehemann, soweit er das eingebrachte Gut der Ehefrau verwaltet und darüber verfügt, nicht als Vertreter der Frau handelt, sondern dieses Verwaltungsrecht als eigenes Recht ausübt[78]).

Es ist weiter darauf hinzuweisen, daß der § 181 allgemein von der Vornahme von Rechtsgeschäften spricht, so daß daraus ohne weiteres zu schließen ist, wie auch schon früher erwähnt, es handele sich nicht allein um Verträge, sondern auch um einseitige, aber mit dem Vertretenen abzuschließende Rechtsgeschäfte[79]), welchen Standpunkt wir von vornherein als den richtigen unterstellt haben. Erforderlich ist aber, daß die Rechtsgeschäfte mit dem Vertreter vorgenommen werden, so z. B. eine empfangsbedürftige Willenserklärung, die der Vertreter an sich als Eigenperson richtet; nicht aber der umgekehrte Fall, denn der Empfang einer Willenserklärung ist kein Rechtsgeschäft. Diese Ansicht, daß nur

---

[76]) Eccius, Buchka, Hellwig und Neumann.

[77]) 29, 30; ebenso Oertmann, Cohen S. 24.

[78]) Planck S. 110.

[79]) Oertmann S. 554.

die mit dem Vertreter vorgenommenen Rechtsgeschäfte unter § 181 fallen, wird außerdem noch dadurch bekräftigt, daß in § 181 nur von den Rechtsgeschäften gesprochen wird, die der Vertreter mit sich im fremden Namen vornimmt, während in §§ 180 und 160 II beide Fälle einander gegenüber gestellt werden. Zuletzt spricht noch für diese Auffassung, daß für den Vertreter ja jederzeit die Möglichkeit besteht, die Willenserklärung dem Vertretenen selbst gegenüber durch schriftliche Mitteilung abzugeben. Denn es genügt zur Wirksamkeit einer solchen Willenserklärung, daß sie dem anderen zugeht, d. h. daß dem anderen unter normalen Verhältnissen die Kenntnisnahme der Willenserklärung möglich ist. Unanwendbar ist § 181 auf rein einseitige Rechtsgeschäfte des Vertreters, an denen der Vertretene gar nicht beteiligt ist, auch wenn sie dem Erklärenden als Träger seines eigenen Vermögens zugute kommen. Z. B. der Vertreter bewilligt die Eintragung einer Hypothek zu seinen Gunsten auf das Grundstück des Vertretenen. Ob er dazu befugt ist, bestimmt sich nach dem Innenverhältnis, das zwischen ihm und dem von ihm Vertretenen besteht; nach außen ist der Akt auf alle Fälle gültig. (Grundsatz des öffentlichen Glaubens.)

Bei ausdrücklicher Gestattung.

Wenden wir uns jetzt dem ersten der beiden in § 181 erwähnten Ausnahmefälle zu, der lautet: »soweit nicht ein anderes ihm gestattet.« Dieses Gestatten bedeutet nach Sprinz[80]) nur die private Ermächtigung zum Selbstkontrahieren durch Statut oder Vollmacht, nicht aber durch Gesetz. Denn es würde widersinnig sein, wenn das Gesetz das Selbstkontrahieren im Falle gesetzlicher Gestattung nochmals gestatten würde. Außerdem ist es selbstverständlich, daß das Gesetz bestimmte Rechtsgeschäfte gestatten kann, da seine Bestimmungen erst das geltende Recht schaffen.

Anderer Ansicht ist Lüer[81]) und mit ihm Planck[82]), die behaupten, daß das Gesetz jederzeit Ausnahmebestimmungen geben kann. Grundsätzlich müsse die Gestattung jedoch von da ausgehen, von wo der Vertreter seine Vertretungsmacht herleite. So muß also dem rechtsgeschäftlichen Vertreter der Regel nach von seinem Auftraggeber, dem gesetzlichen Vertreter vom Gesetz das Selbstkontrahieren gestattet werden. Wenn nun beim rechtsgeschäftlichen Vertretungsrecht das Selbstkontrahieren ausdrücklich erlaubt ist, so bestehen keinerlei Schwierigkeiten. Wie ist es aber, wenn der Vertreter ohne Erlaubnis selbst kontrahiert? Kann nicht auch in einem Stillschweigen eine Genehmigung

[80]) a. a. O. S. 22.
[81]) S. 30/31.
[82]) zu § 181.

bzw. Einwilligung liegen? Sicherlich zu weit würde es führen, wenn man das Gesetz so eng interpretieren würde, daß die durch Selbstkontrakt abgeschlossenen Geschäfte nur auf Grund ausdrücklicher Gestattung Geltung haben würden. Ob man auch eine stillschweigende Gestattung zulassen darf, muß m. E. in jedem konkreten Falle besonders geprüft werden. Zu berücksichtigen werden bei der Entscheidung hierüber immer Zweck und Umfang der Vollmacht in Verbindung mit der Verkehrssitte und wirtschaftspolitischen Erwägungen sein, was immer notwendig ist, um ein Gesetz praktisch verwendbar zu machen[83]).

Um die andere Ansicht ad absurdum zu führen, stelle man sich vor, ein Bevollmächtigter will das für den Vollmachtgeber zu verwaltende Geld mit seinem eigenen Geld wechseln, und jetzt muß er sich erst an seinen Vollmachtgeber wenden, um zu diesem Geschäft die Einwilligung zu erhalten. Denn es handelt sich hierbei ja um ein Rechtsgeschäft, d. i. Tausch. Oder daß die Handlungsgehilfen die Waren ihres Prinzipals an sich zum gewöhnlichen Preis verkaufen. Die Erteilung einer Generalvollmacht berechtigt jedoch nicht ohne weiteres zu der Folgerung der Gestattung des Selbstkontrahierens, ebensowenig darf man von einer generellen stillschweigend erteilten Gestattung des Selbstkontrahierens überall dort sprechen, wo das Selbstkontrahieren offensichtlich zum Vorteil des Vertretenen geschieht[84]). Nach Reichsgericht[85]) ist immerhin eine »ausdrückliche oder doch unzweifelhaft aus den Umständen hervorgehende Gestattung des Vertragsschlusses mit sich selbst zu fordern«.

Bei den juristischen Personen sind es Satzung oder Gesellschaftsvertrag, die Bestimmungen darüber enthalten, von wem dem Vertreter der juristischen Person das Selbstkontrahieren gestattet werden kann, sofern nicht das Gesetz selbst die Frage entscheidet. Doch ist hier m. E. genau wie bei den natürlichen Personen im allgemeinen auf die Verkehrssitte Rücksicht zu nehmen, und eine sich hieraus ergebende Gestattung ohne weiteres gelten zu lassen.

Jedenfalls gibt der § 181 ganz eindeutig zu erkennen, daß jeder seinem Vertreter das Selbstkontrahieren gestatten kann, mag es zu seinem Vor- oder Nachteil sein, nach dem römisch-rechtlichen Grundsatz: »Volenti non fit injuria«.

Wir wenden uns jetzt der gesetzlichen Stellvertretung zu. Wie schon oben erwähnt, muß die Gestattung des

[83]) Planck zu § 181: Die Vollmachtserteilung kann auch stillschweigend erfolgen, wenn sie nach dem Zweck der Bevollmächtigung gemäß der Verkehrsgewohnheit als selbstverständlich anzunehmen ist.
[84]) Oertmann S. 556.
[85]) RG. 51, 427; ebenso OLG. Kiel 5, 46.

Selbstkontrahierens beim Vertreter von dort ausgehen, von wo die Vertretungsmacht ausgeht, also im vorliegenden Falle vom Gesetze. Diese Behauptungen finden wir durch die Bestimmungen des BGB. bezüglich des Vormunds bestätigt. Denn der Vormund leitet seine Vertretungsmacht vom Gesetze her. Eine Erweiterung seiner Vertretungsmacht könnte nur durch Vollmachtserteilung von seiten des Vormundschaftsgerichts, d. h. durch Rechtsgeschäft geschehen, und auch dies wäre nur möglich, wenn das Vormundschaftsgericht zur Vertretung des Mündels befugt wäre, d. h. also daß der Vormund seine Rechte als Vormund vom Gericht zuerkannt erhält oder in Vertretung des Vormundschaftsgerichts handelt. In §§ 1773 und 1793 ist aber ausdrücklich bestimmt, daß der Vormund der Vertreter des Mündels ist. Daher ist auf Grund des geltenden Gesetzes keine Möglichkeit gegeben, die Vertretungsmacht des Vormunds über die vom Gesetz gezogenen Grenzen hinaus zu erweitern oder einzuschränken. Davon macht auch § 1846 keine Ausnahme; denn hier kommt die wahre Aufgabe des Vormundschaftsgerichts zum Ausdruck, die vom Vormund vorgenommenen Geschäfte und getroffenen Maßregeln zu überwachen, vor allem, daß von ihm die gesetzlichen Vorschriften korrekt inne gehalten werden. Will nun der Vormund ein Rechtsgeschäft für sich oder als Vertreter eines Dritten mit seinem Mündel abschließen, so ist logischerweise erforderlich, daß ein Pfleger ernannt wird. Hier nun hat sich der vierte und auch der fünfte Senat des Reichsgerichts[86]) auf den Standpunkt gestellt, daß es zulässig sei, auf den Vormund § 181 anzuwenden, und daß der Vormund in diesem Falle gleichzeitig zum Pfleger des Mündels bestellt werden dürfe. Der vierte Senat stützt sich hierbei auf § 1846, indem er hier das Selbstkontrahieren als zur Interessenwahrung des Mündels erforderlich bezeichnet. Diese Ansicht des RG. würde zwar außerordentlich zur Vereinfachung der ganzen Geschäftsführung des Vormundschaftsgerichts beitragen, würde aber sicherlich dem Willen des Gesetzgebers entgegengesetzt sein. Daher ist dieser Standpunkt von den Vereinigten Senaten des Reichsgerichts[87]) m. E. mit Recht abgelehnt worden; denn wohl ist dem Vormundschaftsgericht die Möglichkeit gegeben, den Vormund zu überwachen, aber nicht darf die Kompetenz des obersten Gerichtes, dessen Entscheidungen bei uns dem Gesetze gleichkommen, dazu mißbraucht werden, das eigentliche Gesetz zu umgehen. Es ist also in derartigen Fällen stets die Ernennung eines Pflegers erforderlich. Nur in ganz wenigen Fällen, den

[86]) 68, 37 ff.; 67, 61 ff.

[87]) 71, 162.

sogenannten Eilfällen, d. h. wenn für den Mündel bzw. sein Vermögen Gefahr im Verzuge ist, darf das Vormundschaftsgericht auf Grund des § 44 des FGG. dem Vormund das Selbstkontrahieren gestatten. Wenn dem Vormundschaftsgericht die Gestattung des Selbstkontrahierens allgemein zugestanden würde, so würde auch zwischen § 181 und § 1795 eine offenbare Unstimmigkeit bestehen. Es könnte dann dem Vormund nach § 181 die Vornahme von Rechtsgeschäften zwischen sich selbst und dem Mündel gestattet werden. Dieselbe Gestattung wäre aber nach § 1795 für die Vornahme von Rechtsgeschäften zwischen der Ehefrau oder bestimmten Verwandten des Vormunds einerseits und dem Mündel andererseits nicht möglich. Für solche Geschäfte ist in § 1795 die Vertretungsmacht des Vormunds ohne Ausnahme ausgeschlossen. Es ist aber kein Grund vorhanden, dem Vormund in bezug auf Geschäfte zwischen seinem Mündel und sich selbst mehr Freiheit zu gewähren, als in bezug auf Geschäfte zwischen seinem Mündel und einem bestimmten Kreise seiner Verwandten. Das Vormundschaftsgericht ist also zu keinem Eingreifen befugt, das darauf hinzielt, den Wirkungskreis des Vormunds zu erweitern und kann daher auch Selbstkontrakten desselben weder zustimmen noch sie genehmigen.

Ein Fall, in dem das Gesetz ganz zweifellos eine Ausnahme statuiert und eine Erweiterung der in § 181 eingeräumten Befugnis zum Selbstkontrahieren eintreten läßt, ist § 1409. Dieser sagt:

> »Steht der Mann unter Vormundschaft, so hat der Vormund ihn in den Rechten und Pflichten zu vertreten, die sich aus der Verwaltung und Nutznießung des eingebrachten Gutes ergeben. Dies gilt auch dann, wenn die Frau Vormund des Mannes ist.«

Nach § 1395 bedarf die Frau zur Verfügung über eingebrachtes Gut der Einwilligung ihres Mannes; wenn daher die Frau zum Vormund ihres Mannes bestellt ist, so ist ihr durch § 1409 die Möglichkeit gegeben, die zum Abschluß von Rechtsgeschäften und zur Führung von Rechtsstreitigkeiten erforderliche Zustimmung des Mannes sich selbst zu erteilen. Sie nimmt daher im Namen des von ihr vertretenen Ehemannes mit sich selbst ein einseitiges Rechtsgeschäft vor. Ebenso kann sie sich selbst die Einwilligung zum Betrieb eines Erwerbsgeschäftes geben, um die Wirkungen bezüglich der Haftung des eingebrachten Gutes für ihre Verbindlichkeiten aus diesem Geschäft gemäß § 1412 herbeizuführen. Wird dagegen umgekehrt der Mann zum Vormund der Frau bestellt, so kann er, soweit die Zustimmung der Frau erforderlich ist (§ 1375), sich dieselbe nicht erteilen. Ihm hat

[88]) Planck IV S. 159.

das Gesetz die Vornahme eines Rechtsgeschäfts mit sich über die Schranken des § 181 hinaus nicht erlaubt, sondern hier ist die jedesmalige Bestellung eines Pflegers erforderlich[89]) (§§ 1795 II, 1909). Gesetzt aber den Fall, es wären mit der Vormundschaft mehrere Vormünder betraut. Z. B.: Der Minderjährige X hätte A, B und C als Kollektivvertreter, und der A wollte mit dem X gesetzlich zulässigermaßen kontrahieren. Zunächst ist als feststehend zu bezeichnen, daß der A als Alleinhandelnder keinerlei Rechtswirkung gegenüber dem X ohne Mitwirkung der beiden anderen Vormünder hervorrufen kann, infolge der Grundsätze über Kollektivvertretung. Da hier also nur A kontrahieren will, so müssen B und C ihre Zustimmung geben, obwohl sie weder Rechte noch Pflichten gegenüber dem Mündel erwerben wollen. Obwohl dadurch, daß A dem B und C Mitteilung von seinem Vorhaben machen muß, ein Austausch von Erklärungen stattfindet, und somit der ganze Vorgang einem Rechtsgeschäft mit Dritten ähnlich wird, so liegt trotzdem kein gewöhnliches Rechtsgeschäft vor, sondern ein selbstkontrahiertes des A, das zu seiner Wirksamkeit unbedingt der Zustimmung der beiden Mitvertreter bedarf. Der Umstand, daß hier die auf das Selbstkontrahieren gerichtete Willenserklärung von B und C empfangen wird, damit sie ihr Einverständnis erklären können, steht nach Urban zu der Begriffsbestimmung des Selbstkontrahierens als einer nicht empfangsbedürftigen Willenserklärung nicht im Widerspruch. Denn durch die aufgestellte Definition ist die Nichtempfangsbedürftigkeit keineswegs als Wesenserfordernis des Selbstkontrahierens aufgestellt, sondern es wird lediglich behauptet, daß Empfangsbedürftigkeit nicht zum Wesen der betreffenden Erklärung gehöre. Es ist also in besonderen Fällen, wie z. B. im vorliegenden, sehr wohl möglich, daß die Selbstkontrahierungserklärung einen Adressaten hat. Da hier also auf jeden Fall ein Selbstkontrahieren mitenthalten ist, so müssen auf sie auch die Vorschriften des § 181 Anwendung finden.

Anders ist es natürlich, wenn das Gericht die Führung der Vormundschaft unter mehreren Vormündern nach bestimmten Wirkungskreisen gemäß § 1797 verteilt hat. Hier ist dann jeder Vormund in seinem Wirkungskreis selbstständig; er ist innerhalb seiner Kompetenz uneingeschränkt. Er kann dann auch in seinem Bereich mit dem Mündel nach den allgemeinen Vorschriften kontrahieren. Jeder Mitvormund aus einem anderen Wirkungskreise ist von ihm bei Abschlüssen von Rechtsgeschäften mit dem Mündel genau so zu stellen wie jeder Dritte.

[89]) Staudinger zu § 1409; Cosack II S. 485; Planck zu § 1409.

Weitere Fälle der Gestattung des Selbstkontrahierens für den gesetzlichen Vertreter als die erwähnten hat das BGB. nicht aufgestellt.

Im § 125 des HGB. ist noch ein unbedenklicher Fall der gesetzlichen Gestattung des Selbstkontrahierens[90]). Nach diesem Paragraphen können die Gesamtvertreter einer OHG. einzelne von ihnen zur Vornahme bestimmter Geschäfte oder bestimmter Arten von Geschäften ermächtigen. Die hierdurch zu Handlungsbevollmächtigten Bestellten treten bei der Vollmachtserteilung in zwei Parteirollen auf: einmal als Vertreter der OHG. und andererseits als Eigenperson. Sie nehmen also im Namen der vertretenen Gesellschaft mit sich im eigenen Namen ein Rechtsgeschäft — die Vollmachtserteilung — vor. Dieselbe Gestattung finden wir auch im Aktienrecht für die Vorstandsmitglieder einer A.-G. (HGB. § 232 I.)

Dagegen ist m. E. kein Grund vorhanden, eine ausnahmsweise gesetzliche Gestattung im BGB. § 1009 zu erblicken[91]). Wenn ein dem X, Y und Z gehöriges Grundstück zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines anderen Grundstücks, das zur Zeit der Belastung dem X gehört, belastet wird, so liegt hierin keineswegs ein Selbstkontrahieren des Stellvertreters; denn die Gesamtheit der Miteigentümer bildet keine juristische Person, deren Vertreter gerade X sein sollte. Diese Annahme, die von den Gegnern dieser Ansicht zur Begründung ihrer Behauptung angeführt wird, ist durchaus willkürlich. Im Falle des § 1009 liegt vielmehr überhaupt kein Vertretungsverhältnis vor, und folglich kann auch nicht von einer gesetzlichen Gestattung des Selbstkontrahierens des Vertreters die Rede sein.

Ebenso kann der im HGB. § 400 geregelte Selbsteintritt des Kommissionärs nicht hierher gerechnet werden[92]). Wie HGB. § 383 ausdrücklich bestimmt, handelt der Kommissionär im eigenen Namen und nicht im Namen des Kommittenten; er ist also gar nicht Vertreter des Kommittenten, und da eine positive Vorschrift fehlt, muß dieser Grundsatz auch für den selbst eintretenden Kommissionär gelten. Der Selbsteintritt ist nur eine Art der Ausführung des Kommissionsgeschäftes, und ein wirkliches Kaufgeschäft[93]). Es fehlt aber, wie schon oben erwähnt, ein Vertragsverhältnis,

[90]) Staudinger S. 561; Cohen S. 52; Sprinz S. 30.

[91]) Ebenso Staudinger § 561; Rehbein S. 255; Sprinz S. 31; a. A.: Meisner S. 168; Fischer-Henle Anm. 2 zu § 181.

[92]) Ebenso Staudinger S. 561; Sprinz S. 35; Oertmann S. 555; ROHG. II S. 402; a. A. Hupka S. 339 Anm. 2.

[93]) Staub S. 1786 Anm. 2/3; RG. 25, 71; A. A.: Lehmann-Ring S. 255; Salmann S. 379.

und daher kann m. E. vom Selbstkontrahieren des Stellvertreters hier nicht die Rede sein.

Soweit es lediglich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht.

Die zweite in § 181 gestattete Ausnahme ist die, daß der Stellvertreter Selbstkontrakte abschließen darf, die lediglich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit bestehen. Dies ist eine Konzession, die man dem modernen Verkehrsbedürfnis machen zu müssen glaubte, wenn auch dadurch die Gefahr entstand, daß den Vertretern Gelegenheit geboten würde, die Interessen des Vertretenen zu schädigen[94]). Doch bezeichnet Urban[95]) diese Gefahr als nicht sehr groß, da dem Vertreter die Grenzen, innerhalb deren er tätig werden kann, genau vorgezeichnet sind, so daß ein Mißbrauch schwer denkbar ist. Verbindlichkeiten werden begründet, um erfüllt zu werden; erfüllt nun der Vertreter durch Selbstkontrahieren, so verfolgt er Zwecke, die auch die Rechtsordnung fördert. Durch das Gestatten des Selbstkontrahierens in diesem Falle anerkennt das BGB. das »sibi solvere« des römischen Rechts. Es handelt sich hierbei sowohl um Erfüllung von Verbindlichkeiten des Vertreters gegenüber dem Vertretenen, wie auch um Erfüllung von Verbindlichkeiten, die zwischen zwei von ein und derselben Person Vertretenen bestehen.

Unter Verbindlichkeit verstehen wir eine Leistung, d. h. ein Tun oder Unterlassen, zu der eine Person einer anderen gegenüber auf Grund eines Schuldverhältnisses verpflichtet ist. Wenn diese Leistung bewirkt ist, so ist die Verbindlichkeit erfüllt, das zwischen den Personen bestehende Schuldverhältnis ist durch die Erfüllung erloschen. Jedes Schuldverhältnis begründet eine Verbindlichkeit, und ohne ein Schuldverhältnis kann keine Verbindlichkeit bestehen[96]). Hieraus ist zu folgern, daß Spiel und Wette sowie das Versprechen eines Ehemäklerlohnes zumindest keine vollkommenen Schuldverhälinisse sind. Denn in § 762 ff. steht ausdrücklich, daß diese keine Verbindlichkeit begründen — sog. Natural- oder unvollkommene Schuldverhältnisse —[97]). Ihre Unvollkommenheit zeigt sich besonders dadurch, daß die Forderung vom Gläubiger nicht eingeklagt werden kann; und somit hier kein den Klagantrag rechtfertigender Klagegrund entstanden ist. (ZPO. § 331). Einen derartigen Anspruch darf der Vertreter selbstverständlich einseitig nicht erfüllen, da er hier ja keine Verbindlichkeit erfüllen würde.

[94]) Prot. I S. 175.
[95]) S. 61.
[96]) Cohen S. 74.
[97]) Oertmann, Komm. z BGB. II Vorb. 2 zu S. 2 Nr. 5.

Ohne Bedeutung ist es nach dem Gesetz, ob der Vertreter oder Vertretene forderungsberechtigt ist.

Ein wirkliches Schuldverhältnis aber liegt noch vor, wenn eine Forderung schon verjährt ist; denn die Verbindlichkeit erlischt nicht durch Verjährung, sondern nur Ansprüche gemäß § 194 BGB. Gegen ihre gerichtliche Geltendmachung steht dem Schuldner nur eine Einrede zur Verfügung, d. h. für den Schuldner ist ein Gegenrecht entstanden, vermöge dessen er die Erfüllung verweigern kann. Dieses Recht muß der Beklagte ausdrücklich geltend machen, andernfalls der Klage stattzugeben ist, wenn die übrigen notwendigen Voraussetzungen vorliegen. Die Verpflichtung des Schuldners besteht rechtlich fort, nur ist er zur Leistungsverweigerung berechtigt; also würde hier der Vertreter eine Verbindlichkeit erfüllen, wenn er seine oder des Vertretenen verjährte Schuld erfüllte. Die Richtigkeit dieser Behauptung ergibt sich ferner daraus, daß die Verbindlichkeit durch vertragsmäßiges Anerkenntnis wieder völlig klagbar gemacht werden kann.

Den sogenannten Naturalobligationen gleichzustellen sind die sittlichen Verpflichtungen. Durch sie wird nach Cosack überhaupt kein Schuldverhältnis begründet, sondern sie haben nur eine negative Wirkung, da sie die condictio indebiti ausschließen (BGB. § 814, 534). Daher wird dem Vertreter die Erfüllung einer solchen Verbindlichkeit nicht gestattet sein.

Haupterfordernis für die Erfüllung durch den Vertreter ist, daß die Verbindlichkeit auch objektiv besteht. Würde also beispielsweise der Vertreter irrtümlich das Bestehen einer Verbindlichkeit annehmen, und eine Leistung zu ihrer Erfüllung vornehmen, so würde er damit im Sinne des Gesetzes unzulässig handeln. Es würden daher nicht die gesetzlichen Bestimmungen über den Irrtum, sondern die über das nicht gestattete Selbstkontrahieren heranzuziehen sein. Ist dagegen der Vertreter widerrechtlich durch Drohung oder Arglist zur Erfüllung einer bestehenden Verbindlichkeit bestimmt, so kann er das Rechtsgeschäft gemäß § 123/124 anfechten.

Fällig braucht die Forderung noch nicht zu sein, da das Schuldverhältnis schon vor Eintritt der Fälligkeit besteht. Jedoch macht der Vertreter sich dem Vertretenen gegenüber wegen der Nachteile ersatzpflichtig, die aus der zu früh erfolgten Erfüllung entstehen. Doch liegt hier kein Fall verbotenen Selbstkontrahierens vor, da ja ein vollkommenes Schuldverhältnis bei der Erfüllung vorliegt. Die Gestattung des Selbstkontrahierens bei Erfüllung einer Verbindlichkeit ist im § 181 BGB. ohne weitere Verklausulierung getroffen. Es ist anzunehmen, daß dies unter Berücksichtigung des allgemeinen Verkehrsbedürfnisses geschehen ist, um den

Vertretern in bezug auf solch reine Erfüllungsgeschäfte gänzlich freie Hand zu lassen. Doch ist auch diese Bestimmung mit größter Vorsicht aufzufassen; denn der Selbstkontrahent ist auch hier zur Vornahme solcher Geschäfte berechtigt, die im Bereiche der ihm durch seine Vollmacht gesteckten Grenzen liegen. Daß auch bei diesem reinen Erfüllungsgeschäfte dem Vertreter durch ein ausdrückliches Verbot das Selbstkontrahieren untersagt werden kann, braucht wohl nicht besonders erwähnt zu werden. Es ist also dem Vertreter nur für solche Erfüllungsgeschäfte das Selbstkontrahieren gestattet, die in seinen Wirkungskreis fallen. Z. B. darf sich der Kassierer eines Geschäfts nicht ohne weiteres aus den Zahlungen, die er von den Kunden annimmt, und die er zu buchen verpflichtet ist, am ersten des Monats sein Gehalt nehmen, obwohl es sich hier lediglich um die Erfüllung einer Verbindlichkeit handeln würde. Dagegen dürfte der Leiter einer Filiale sein Gehalt aus der Filialkasse nehmen und sich selbst, sowie den Angestellten auszahlen, sofern es ihm nicht ausdrücklich untersagt ist. Im ersteren Falle liegt das Erfüllungsgeschäft außerhalb des Wirkungsbereichs des Vertreters, im letzteren aber nicht. Obwohl auch hier die Scheidung zu machen ist, ob der Vertreter mit sich selbst oder als Vertreter des einen mit sich als Vertreter des anderen kontrahiert, so ist doch hier beim Erfüllungsgeschäft des Hauptaugenmerk vor allen Dingen nur darauf zu richten, ob diese Erfüllungsvornahme in den Wirkungskreis des Vertreters fällt, einerlei, ob dieser Vertreter ein gesetzlicher oder gewillkürter ist.

Beide Arten von Vertretern können eine Schuld des einen von ihnen Vertretenen an den anderen von ihnen Vertretenen oder an sich selbst als Gläubiger zahlen unter den oben aufgeführten Bedingungen. Dies ist beim gewillkürten Vertreter völlig unbestritten.

Zunächst ist jetzt die Frage zu prüfen: Was ist Erfüllung? Nach § 362 liegt Erfüllung nur vor, wenn genau die geschuldete Leistung an den Gläubiger bewirkt wird. Die Hinterlegung bei einer öffentlichen Stelle als Erfüllungssurrogat gemäß § 372 kommt für das Selbstkontrahieren überhaupt nicht in Betracht, da bei der Hinterlegung ja Rechtsbeziehungen zwischen Vertreter und Hinterlegungsstelle, also einem Dritten, entstehen. Die Mehrzahl der Schriftsteller steht auf dem Standpunkt, daß die datio in solutum nicht zur Erfüllung im Sinne des § 181 zu rechnen ist[98]). Entgegen der Einteilung des BGB., das die Erfüllung im engeren Sinne und die Zahlung an Erfüllungsstatt gerade

[98]) Hupka S. 339; Dernburg S. 496; Cosack S. 228; Staudinger S. 441; OLG. 8, 33.

unter dem Titel »Erfüllung« zusammenfaßt, während es die Aufrechnung in einem anderen Teile regelt, stellen wir uns mit Urban[99]) auf den Standpunkt, daß es aus praktischen Erwägungen nötig ist, beim Selbstkontrahieren die datio in solutum für unzulässig anzusehen, wegen der äußerst bedenklichen Folgen, die darin für den Vertretenen liegen. Wenn z. B. der Vormund, der dem Mündel etwas schuldet, dem Mündel statt der Forderung gegen sich als Erfüllung die Forderung gegen einen Dritten überweisen würde, so kann hierdurch die Stellung des Mündels stark gefährdet werden, indem er statt der guten Forderung gegen seinen zahlungsfähigen schuldnerischen Vertreter eine schlechte Forderung gegen einen zahlungsunfähigen Dritten erhält. Andererseits müssen wir aber mit derselben Argumentation wie vorher die Aufrechnung als zulässig bezeichnen, obgleich sonst die Aufrechnung der Erfüllung im engsten Sinne keineswegs gleichgestellt wird[100]). Hiernach ist dem Vormund gestattet, die Schulden zweier von ihm vertretener Mündel gegeneinander zu tilgen, was der Aufrechnung[101]) völlig gleichzusetzen ist, da sie ja ein zugelassenes Erfüllungssurrogat ist. Planck, der diese als herrschend zu bezeichnende Ansicht bekämpft, will nur wirkliche Zahlungen in Geld zulassen. Dieser Meinung ist aber, wie schon oben erwähnt, nicht beizutreten, denn es würde eine große Erschwerung des Verkehrs bedeuten, ohne eine stärkere Sicherheit der Vertretenen herbeizuführen, wenn es dem Vormund verboten wäre, Forderungen zweier Mündel gegeneinander aufzurechnen.

Die Berechtigung zur Erfüllungsvornahme durch den Stellvertreter durch Selbstkontrakt bezieht sich aber, wie auch das Reichsgericht entschieden hat, nicht allein auf Geldschulden, sondern der Vertreter ist auch berechtigt, falls dem Erfüllungsgeschäft ein gültiger Vertrag zugrunde liegt, sich bzw. dem Vertretenen Eigentum an beweglichen wie auch an unbeweglichen Sachen zu übertragen. Der gesetzliche Vertreter wird also als solcher immer, wenn die Verbindlichkeit des Vertretenen, z. B. auf Übertragung des Eigentums an den Vertreter gerichtet ist, falls es sich um ein Grundstück handelt, vor dem Grundbuchamt die beiderseits erforderlichen Erklärungen zur Auflassung abgeben können[102]); der gewillkürte Vertreter außerdem auch dann, wenn ihm dieser Selbstkontrakt vom Vollmachtgeber ausdrücklich gestattet ist[103]). Unter derselben Voraussetzung

[99]) Urban S. 66.
[100]) Hupka S. 339; Staudinger S. 441; Cohen S. 49.
[101]) Dernburg § 170 Anm. 4; Staudinger Bem. 6 b zu § 181.
[102]) Planck Bd. III S. 163; Neumann S. 98; Dernburg S. 496.
[103]) KG. I. ZS. v. 2. XI. 22: Es handelt sich hier um eine Person, die zugleich Verkäufer des Grundstücks und alleiniges Vorstandsmitglied einer A.-G. ist.

können sich zwei Kontrahenten durch ein und dieselbe dritte Person vertreten lassen. Eine Eintragung auf Grund derartiger Einigung wird vom Grundbuchamte nur dann vorgenommen werden dürfen, wenn die obigen Voraussetzungen in der von der GBO. § 29 vorgeschriebenen Form nachgewiesen sind. Die Übertragung des Eigentums an Mobilien kann entweder gemäß § 929 realiter durch Besitzübergabe erfolgen oder durch die zulässigen Traditionssurrogate ersetzt werden[104]). Doch müssen wir mit Urban[105]) verlangen, daß alle bisher erwähnten Akte palam aperteque in Erscheinung treten, damit alle Außenstehenden von dem Wechsel des Rechtssubjekts Kenntnis nehmen können.

[104]) Rümelin S. 180; 198; Samson S. 76.
[105]) S. 87.

Die Wirkungen eines Verstoßes gegen das Verbot des § 181.

Zum Schluß ist jetzt noch die Frage zu erörtern, welche Wirkungen ein Verstoß gegen § 181 auf das vorgenommene Rechtsgeschäft ausübt. Bezüglich dieser Frage herrscht wieder großer Streit in Literatur und Praxis. Es kommt häufig vor, daß der Vertreter das Verbot des § 181 nicht beachtet und unberechtigterweise einen Selbstkontrakt vornimmt. Im Anfang der Geltung des BGB. wurde fast einstimmig die Ansicht vertreten, daß ein solches gegen das Verbot des § 181 verstoßendes Rechtsgeschäft gemäß § 134 nichtig sei. Diese Ansicht findet ihre Hauptstütze in dem II. Entwurf[106]), bei dessen Beratung die Kommissionsmitglieder die Auffassung vertraten, daß ein Zuwiderhandeln gegen das Verbot des Selbstkontrahierens Nichtigkeit zur Folge habe. Der Gesetzgeber sagt in § 181: »Ein Vertreter kann . . . . . nicht vornehmen« und will damit beweisen, daß die Vornahme des Rechtsgeschäfts rechtlich unzulässig ist, d. h. daß das trotzdem abgeschlossene Rechtsgeschäft nichtig ist. Dies ist heute in der Tat der Standpunkt der herrschenden Lehre[107]), die sich streng an das formelle Gesetz hält. Und trotzdem muß man sehr genau prüfen, ob es nicht vielleicht doch wünschenswert erscheinen muß, in der heutigen Zeit des schnellen Fortschrittes das Gesetz extensiv zu interpretieren, um dadurch Lücken, die in den oft schnell veraltenden Gesetzen entstehen, im Interesse von Recht und Wirtschaft möglichst ohne Verzögerung auszufüllen. So stehen Oertmann, Biermann u. a. sowie auch eine spätere Entscheidung des Reichsgerichts[108]) auf dem Standpunkt, daß das gegen § 181 verstoßende Rechtsgeschäft nur schwebend unwirksam ist und durch nachträgliche Genehmigung gemäß § 177 voll wirksam werden kann. Zur Bekräftigung dieser Ansicht muß man auführen, daß jeder rechtsgeschäftlichen Stellvertretung, allerdings nur dieser, eine stillschweigende Bevollmächtigung innewohnt; denn dem gesetzlichen Vertreter kann, wie früher schon erwähnt, nur das Gesetz das Selbst-

[106]) Prot. Bd. II S. 73 ff.

[107]) Planck I S. 316; Staub I S. 255; Sprinz S. 40; Endemann S. 400; Cosack S. 242; Cohen S. 55; RG. 51, 426; KG. in der Rspr 3, S. 109; 8, 30.

[108]) Oertmann I S. 555; Biermann Bd. I S. 285; Dernburg S. 497; Enneccerus S. 422; Staudinger I S. 560; RG. 67, 51; 68, 40 und 180.

kontrahieren gestatten. Diese Vollmacht geht in den meisten Fällen zwar nicht so weit, für den Vertreter eine Ausnahme von den Bestimmungen des § 181 zu bewirken. Handelt der Vertreter aber trotz des Verbotes, so überschreitet er seine Vollmacht und ist dann wie ein unberufener Vertreter zu behandeln. Das von ihm geschlossene Rechtsgeschäft ist dann aber nicht nichtig, sondern es befindet sich in der Schwebe; der Vertretene kann es also jederzeit widerrufen. Somit ist er also stets gegen Verstöße von seiten des Vertreters geschützt. Ebenso steht aber auch dem Vertreter ein Schutz zu, indem er beliebig den Vertretenen zur Genehmigung auffordern kann. Kommt der Vertretene dieser Aufforderung nach, so ist das Rechtsgeschäft ex tunc gültig. Nach Oertmann verdient diese Ansicht ohne weiteres den Vorzug; nach ihm stellt der § 181 kein Verbotsgesetz dar, da seine Anwendbarkeit durch Gestattung des Vertretenen ausgeschlossen werden kann. Dies allein[109]) paßt zu der Auffassung, daß die Unwirksamkeit der Vertreterhandlung nur auf der Vermutung eines sie ausschließenden Willens des Vollmachtgebers, einer entsprechenden Einschränkung der Vertretungsmacht, beruht. Auch aus dem Wort »kann nicht« läßt sich nach Oertmann ein Verbot nicht herauslesen, sondern nur eine Grenze der Vertretungsmacht. Als weitere Begründung der Ansicht, daß der Selbstkontrakt nur schwebend unwirksam, nicht nichtig ist, muß die Unbilligkeit erwähnt werden, die darin liegt, daß der Vertretene, wenn er den Selbstkontrakt des Vertreters für oder gegen sich wirken lassen will, nicht in der Lage ist, dies durch einfache Genehmigung zu bewirken, sondern daß er genötigt ist, nochmals das Rechtsgeschäft abzuschließen. Hier würde also eine gesetzliche Bestimmung, die im Interesse des Vertretenen erlassen ist, durch Formalismus ins Gegenteil umschlagen. § 181 soll nur eine vorbeugende Wirkung haben. Wir haben es also in diesem Fall mit einer höchstens relativen Nichtigkeit zu tun, die dann ein vollständiges Ebenbild der Nichtigkeit der Geschäfte wäre, die entgegen dem Veräußerungsverbot des § 135 abgeschlossen sind, d. h. also, daß sie bestätigungsfähig sind. Alle diese Erörterungen sind zutreffend bei den gewillkürten Vertretern, wo, wie wir festgestellt haben, der Vertretene zur Gestattung des Selbstkontrahierens berechtigt ist. Wie ist es aber beim gesetzlichen Vertreter, der seine Vertretungsbefugnis kraft Gesetzes erhalten hat? Hier ist die Ansicht Staudingers[110]) abzulehnen, der sagt, daß das Gesetz bei der gesetzlichen Vertretung eine Genehmigung der Selbstkontrahierungsakte

[109]) Oertmann zu § 181 S. 555b.

[110]) Bem. 5 zu § 171.

des gesetzlichen Vertreters nicht zuläßt. Das einzig Richtige an dieser Behauptung ist, daß solche Rechtsgeschäfte nicht durch die Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes ihre Gültigkeit erhalten können. Doch ist nicht zu verstehen, aus welchen Motiven heraus Staudinger diesen Fall als praktisch bedeutungslos hinstellt. Sicherlich wird der Fall öfter eintreten, daß ein Mündel nach Erlangung seiner Volljährigkeit ein vom Vormund selbst kontrahiertes Rechtsgeschäft nachträglich genehmigt. Wäre dies Rechtsgeschäft, da es gegen § 181 verstößt, eo ipso nichtig, so würde dies zum Nachteil des Mündels geschehen. Denn wenn der Mündel durch das Geschäft des Vormunds nicht geschädigt wird, so kann der Vormund das Geschäft ruhig bis zur Volljährigkeit seines Mündels in der Schwebe lassen, vor allem, da sehr wenig Aussicht vorhanden ist, daß der Mündel einem in seinem Interesse geschlossenen Rechtsgeschäft seine Genehmigung verweigert.

Dem Vorstand eines Vereins wird die Genehmigung selbstkontrahierter Rechtsgeschäfte von der Mitgliederversammlung erteilt.

Wenn nun der Vertreter unbefugt einen Vertragsabschluß mit sich selbst vorgenommen hat, so muß m. E. lediglich die Frage zugrunde gelegt werden, ob die Verkehrssicherheit durch die Handlung des Vertreters gefährdet wird oder nicht; daher muß es auch dem Vertretenen anheimgestellt bleiben, einen derartigen Selbstkontrakt durch seine Genehmigung von Anfang an gültig zu machen oder durch Verweigerung derselben zu vernichten. Daher ist die früher herrschenden Lehre, die auf Grund eines Zuwiderhandelns gegen § 181 ohne weiteres Nichtigkeit eintreten lassen will, mit Hupka als im Ergebnis allzu radikal und daher rechtspolitisch bedenklich zu bezeichnen[111]). Man tut daher im Interesse des ganzen wirtschaftlichen Lebens und im Interesse einer gerechten und nicht nur formellen Rechtspflege gut, sich in diesem Falle der Ansicht der Minorität anzuschließen und Rechtsgeschäfte, die entgegen dem Verbot des § 181 abgeschlossen sind, als schwebend unwirksam zu bezeichnen.

---

[111]) Oertmann zu § 181; ebenso Hupka.